Der Arztvertrag

Eine Unterſuchung der privatrechtlichen Beziehungen zwiſchen dem Arzt und dem Kranken.

Inaugural-Diſſertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der juriſtiſchen Fakultät

der Eberhard-Karls-Univerſität zu Tübingen

BIBLIOTHEEK RIJKS UNIV. LEIDEN

vorgelegt von

Reinhold Teufel

Referendar.

J. F. Bofinger'ſche Buchdruckerei Tuttlingen
1919.

Genehmigt durch die juristische Fakultät der Universität Tübingen am 14. Juli 1919.

Referent: Staatsrat Dr. von Rümelin.

Dem Andenken meines Vaters

Dr. med. Georg Teufel, Stabsarztes a. D.

gewidmet.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 1

A. Rechtliche Natur des Vertrages

1. Stand der Frage 2

2. Eigene Meinung 7

B. Das Recht des Arztvertrages im Einzelnen

I. Abschluß 15

II. Wirkungen 19

III. Beendigung des Vertragsverhältnisses 43

IV. Die Vertragsverletzungen 48

1. Die mangelhafte Vertragserfüllung auf Seite des Arztes . . 48

2. Die mangelhafte Vertragserfüllung auf Seite des Kranken . . 61

3. Zusammentreffen von Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung 63

4. Der ärztliche Eingriff ohne Einwilligung 69

5. Haftung des Arztes für Vertreter und Hilfspersonen 73

C. Ueber die Rechtsbeziehungen zwischen dem Kassenarzt und dem Kassenkranken 77

Verzeichnis der Literatur,

auf das bei Nennung von Verfasser und Seitenzahl Bezug genommen wird.

Bacharach, Die Beweislast des Arztes, J. W. 1915 S. 818 ff.

Blume-Opet, Das Familienrecht, Kommentar, 1905.

Brückmann, Die Ansprüche des Arztes aus ärztlicher Behandlung der Ehefrau, J. W. 1906 S. 76 ff.

Crome, System des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1902.

Ebermayer, Zivil- und strafrechtliche Haftung des Arztes für Kunstfehler, 1918.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 6.—8. Aufl., 1911.

Flügge, Das Recht des Arztes, 1903.

Frank, Das Strafgesetzbuch, Kommentar, 8.—10. Aufl., 1911.

Freymuth, Die rechtliche Verantwortlichkeit der Arztfrau als Gehilfin ihres Mannes, 1917.

Fuchs, Zusammentreffen der Haftung aus unerlaubter Handlung mit der Haftung aus Vertrag, Recht 1917, S. 151 ff., 213 ff.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 3, Recht der Schuldverhältnisse, 1917.

Götte, Was bringt das bürgerliche Gesetzbuch den deutschen Aerzten Neues, 1899.

Hellwig, Die Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben, 1905.

Holz, Der Arzt als negetiorum gestor, J. W. 1914, S. 1124 ff.

Joachim u. Korn, Deutsches Aerzterecht, 1911.

Kipp-Wolff, Das Familienrecht 1. und 2. Aufl., 1912.

Kollbrunner, Die rechtliche Stellung des Arztes, 1905.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag, zweiter Band, 1908.

Meyer, Das ärztliche Vertragsverhältnis, 1905.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar 3. u. 4. Aufl., 1910.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 1. Bd. 4. Aufl. 1913 (erl. von Knoke, Strecker, Flad); 2. Bd., 1. Hälfte, 4. Aufl. 1914 (erl. von Siber).

Rabel, Die Haftpflicht des Arztes, 1904.

G. Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905.

M. Rümelin, Haftung im klinischen Betrieb, 1913 (zit. Rümelin).

M. Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden, 1910.

M. Rümelin, Das Verschulden in Straf- und Zivilrecht, 1909.

Spinner, Aerztliches Recht, 1914.

Staudinger, Das bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, 7.—8. Aufl. 1913.

Stein, Zivilprozeßordnung, Kommentar, 11. Aufl., 1913.

von Tuhr, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 1910; 2. Band 1. Hälfte 1914.

Zitelmann, Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung, 1908.

Abkürzungen.

KRGR = Kommentar von Reichsgerichtsräten zum bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., 1913.

RG (mit Band und Seitenzahl) = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

RGSt. (dgl.) = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

J. W. = Juristische Wochenschrift.

Einleitung.

Die privatrechtlichen Beziehungen zwischen Arzt und Patient sind in neuerer Zeit wiederholt zusammenhängend behandelt worden. Einige Abhandlungen beschäftigen sich daneben ausschließlich mit der Haftung des Arztes. Meist hat hiebei nicht so sehr der Zweck einer juristischen Untersuchung vorgeherrscht, als die Absicht der Aufklärung und Belehrung eines ärztlichen Leserkreises über die rechtlichen Regeln, von denen die Ausübung des ärztlichen Berufs beherrscht wird. In medizinischen Zeitschriften finden sich ferner zahlreiche Aufsätze zerstreut, die meist im Anschluß an richterliche Entscheidungen einzelne für den Arzt mehr oder minder wichtige Rechtsfragen gemeinverständlich besprechen.

In der großen Mehrzahl der Veröffentlichungen ist der Frage nach der rechtlichen Natur des zwischen dem Arzt und dem Kranken im Regelfalle bestehenden Rechtsverhältnisses kein oder nur ein geringer Raum gewährt. Meist wird die am weitesten verbreitete Auffassung stillschweigend vorausgesetzt oder mit wenigen Worten eingeführt. Diese ist indessen in der Wissenschaft keineswegs unbestritten. Es ist klar, daß von ihrer Beantwortung die Entscheidung zahlreicher Einzelfragen abhängt oder beeinflußt wird.

An einer kritischen Untersuchung des gesamten Rechtsverhältnisses zwischen dem Arzt und dem Kranken auf der Grundlage des geltenden Rechts fehlt es bis jetzt. Eine solche Untersuchung soll in dieser Arbeit zusammengefaßt, ohne Eingehen auf kasuistische Erörterungen unternommen werden. Behandelt wird im Hauptteil der gewöhnliche freie Einzelvertrag zwischen dem Arzt und dem Kranken. Zum Schluß sollen die Rechtsbeziehungen zwischen dem Kassenarzt und dem versicherten Kranken kurz betrachtet werden.

A. Rechtliche Natur des Vertrags.

1. Stand der Frage.

Die Tätigkeit des Arztes ist sowohl nach ihrer Bedeutung als nach ihrem Umfang von größter Mannigfaltigkeit. Von kurzen Untersuchungen, bloßen Ratschlägen, geringfügigen Eingriffen und Verordnungen dehnt sie sich aus bis zur schwierigsten und verantwortungsvollsten Behandlung schwerer Erkrankungen des Körpers und Geistes. Grund und Zweck der ärztlichen Maßnahmen sind dem Kranken, sofern er nicht darüber Auskunft erhält, vielfach verborgen. Die Verordnungen des Arztes nimmt er hin, seinen Rat befolgt er, ohne in der Lage zu sein, sich ein sachlich begründetes Urteil über deren Zweckmäßigkeit zu bilden. Mit Erwartung, Spannung, Hoffen und Bangen folgt er dem Verlauf der Dinge, im Vertrauen darauf, daß es richtig ist, was der Arzt tut und rät. Eine irrige Auffassung, eine verfehlte Anordnung des Arztes kann die schwersten Folgen für Leben und Gesundheit des Betroffenen und für Dritte nach sich ziehen. Der Arzt erhält bei Ausübung seines Berufs von sorgfältig bewahrten Geheimnissen der Einzelperson und der Familie Kenntnis. Krankheit pflegt vielfach selbst die stärksten Bedenken in dieser Beziehung zu überwinden. Kaum einem anderen Beruf steht so der Einblick in das alltägliche Leben anderer mit seinen Besonderheiten offen, wie dem des Arztes.

Der Arzt selbst setzt sich bei der Ausübung seines Berufes mannigfachen Gefahren aus. Vielfach ist er genötigt, Ruhe und Erholung gegenüber den Ansprüchen des Berufes zurückzusetzen.

Zu dieser Besonderheit der tatsächlichen Beziehungen tritt die Eigenart der Entlohnung der ärztlichen Tätigkeit. Diese richtet sich nicht nach dem Wert der Behandlung für den Kranken; sie bestimmt sich allgemein nach äußeren Umständen, wie der Zahl der Besuche, der Schwierigkeit und Dauer einer einzelnen Verrichtung u. s. w.

So dürfte es kommen, daß die Meinungen über die Natur des Rechtsverhältnisses zwischen dem Arzt und dem Kranken erheblich auseinandergehen, je nachdem vorwiegend die eine oder die andere Seite dieses Verhältnisses, diese oder jene Form der ärztlichen Tätigkeit ins Auge gefaßt wird.

a) Die in Rechtsprechung und Rechtslehre herrschende Meinung faßt das zwischen Arzt und Patient bestehende Rechtsverhältnis

grundsätzlich als Dienstvertrag auf. So sagt Rabel S. 75: „Der auf ärztliche Behandlung gerichtete Vertrag ist unstreitbar regelmäßig Dienstvertrag," und in gleicher Weise Ebermayer S. 2: „Der vom Kranken mit dem Arzt geschlossene Vertrag ist fast immer und von ganz besonderen Fällen abgesehen ein Dienstvertrag nach §§ 612 ff." [1] Durch den Vertrag wird nach dieser Meinung der Arzt zur Leistung ärztlicher Dienste, der Kranke zur Entrichtung der taxmäßigen, bezw. der üblichen Vergütung verpflichtet (§ 611 BGB). Die Ausführung der ärztlichen Dienste unterliegt den Grundsätzen von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 242 BGB). Aus ihrer Anwendung folgt, daß dem Arzt die Leistung sachgemäßer Dienste obliegt. Bei Ausübung seiner Tätigkeit hat der Arzt nach der allgemeinen Regel des § 276 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.

Die herrschende Meinung führt für sich besonders die Vorschrift des § 627 BGB ins Feld. Wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete Dienste höherer Art zu leisten hat, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen und wenn kein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen vorliegt, so kann der Vertrag von jedem Teil mit sofortiger Wirkung gekündigt werden. In den Materialien zum BGB ist ein Zusammenhang mit dieser Bestimmung auch der ärztliche Vertrag hervorgehoben. [2] Man glaubte darnach offenbar, daß der ärztliche Arbeitsvertrag regelmäßig dem Dienstvertragsrecht unterstehe.

b) Im Gegensatz zu dieser Auffassung steht die Meinung, die in dem Rechtsverhältnis zwischen dem Arzt und dem Kranken regelmäßig einen Werkvertrag nach §§ 631 ff. BGB erblickt.

Sie wird insbesondere von Lotmar vertreten. Lotmar führt die Arbeitsverträge auf zwei Grundformen, den Zeitlohnvertrag und den Akkord zurück. Als Zeitlohnvertrag bezeichnet er den Arbeitsvertrag, bei dem die Gewährung des Entgelts an einen Zeitabschnitt gebunden ist. Als Akkord sei jeder Arbeitsvertrag anzusprechen, „der den Entgelt nicht für einen Zeitabschnitt der vom Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zu leistenden Arbeit festsetzt". [3] Da regelmäßig die dem Arzt zu entrichtende Vergütung sich nach einer Gebührenordnung berechnet, in der die Sätze nach der Art der einzelnen ärztlichen Verrichtungen aufgestellt sind, wäre der Arztvertrag der Akkordform unterzuordnen. Alle Akkorde, die nicht eine besondere, vollständige Regelung im positiven Recht erfahren haben, oder für Dienstverträge erklärt sind, unterstehen sowohl dem Dienstvertragsrecht als dem Werkvertragsrecht des BGB.

---

[1] Vergleiche außer den im Text genannten: G. Rümelin S. 102/103, Freymuth S. 4, Enneccerus I § 370, KRGR Vorbem. 2 vor § 611. Für das schweizerische Recht Kollbrunner S. 78 79. Den insbesondere zur Frage der privatrechtlichen Haftung des Arztes ergangenen höchstrichterlichen Entscheidungen ist diese Auffassung wohl einheitlich zu Grunde gelegt.

[2] Protokolle II, S. 303.

[3] Lotmar II, S. 422.

Ein Anhaltspunkt, ob ein solcher Akkord nach Dienstvertragsrecht oder Werkvertragsrecht zu beurteilen ist, könne aus den betreffenden Vorschriften des BGB nicht entnommen werden.[1]) Indem Lotmar untersucht, welche außerhalb des BGB geregelten Arbeitsverträge dem Dienstvertragsrecht oder dem Werkvertragsrecht unterstehen, und die gemeinsamen Merkmale prüft, kommt er zu dem Ergebnis:[2]) „Der Akkord, den der Arbeitgeber in seinem Geschäftsbetriebe abgeschlossen hat, ist nach Dienstvertragsrecht, jeder andere nach Werkvertragsrecht, zu behandeln." So gelangt er zu dem Satz, daß der ärztliche Arbeitsvertrag den Regeln des Werkvertragsrechtes des BGB unterliegt.

Im Gegensatz zu Lotmar gehen andere Schriftsteller von dem in Rechtsprechung und Rechtslehre überwiegend eingenommenen Standpunkt aus, daß die Frage der Anwendbarkeit des Dienstvertragsrechts oder des Werkvertragsrechts aus den Regeln und dem Sinn des Gesetzes zu beantworten ist. Sie sehen den wesentlichen Unterschied zwischen den beiden Rechtsformen darin, daß beim Dienstvertrag die Arbeit als solche versprochen wird, beim Werkvertrag dagegen ein außerhalb der persönlichen Tätigkeit liegender Erfolg den Gegenstand der Vereinbarung bildet, und lehren, daß beim ärztlichen Arbeitsvertrag ein derartiger Erfolg vereinbart ist. Sie unterstellen den Vertrag daher dem Werkvertragsrecht des BGB.[3]) Als „Erfolg" wird nicht die Heilung oder ein anderes günstiges Ergebnis der Behandlung angesehen, sondern „allein die Diagnose, der Heilplan, das Beratungsergebnis, bei Operationen die Herstellung ohne Rücksicht auf das Endergebnis" (Oertmann).

Während die unter a angeführte Auffassung einzelne als zweckentsprechend in die Augen fallende Rechtssätze zu ihren Gunsten anführen kann, scheint das Werkvertragsrecht, wie von den Gegnern der eben erwähnten Ansicht hervorgehoben wird, solche Bestimmungen nicht zu bieten.

c) Ein Teil der Schriftsteller, die das ärztliche Vertragsverhältnis der Regel nach als Dienstvertrag betrachten, gibt die Möglichkeit zu, daß für gewisse Fälle Werkvertragsrecht Anwendung finden kann[4]). Die Ansichten gehen jedoch auseinander. Eine sehr einschränkende Auffassung vertritt Rabel,[5]) der „besondere modifizierende Verab-

---

[1]) Lotmar II, S. 875, 877, 882, 885 ff.

[2]) Lotmar II, S. 903.

[3]) Oertmann, Vorb. 1b vor § 611; doch will Oertmann für „das große Gebiet der einfachen ärztlichen Begutachtung und der einfachen hausärztlichen Beratung" Dienstvertragsrecht annehmen. Wenn er bei dieser Einschränkung auf Lotmar verweist, so ist dies offenbar irrtümlich. Ferner vertritt diese Meinung Gierke, Deutsches Privatrecht III, S. 593, A. 7.

[4]) Vergleiche Meyer, S. 8, 36 ff.; Joachim und Korn, S. 347; Enneccerus I, § 370 I, 2.

[5]) A. a. O. S. 79.

redungen“ fordert. Andere fassen sachliche Ergebnisse der ärztlichen Arbeitsleistung, wie Anfertigung eines ärztlichen Gutachtens, Herstellung eines Heilapparates, eines Gebisses oder besonders hervorstechende Maßnahmen, wie Operationen, Obduktionen, ins Auge. Ein Werkvertrag soll in diesen Fällen vorliegen, wenn der Parteiwille deutlich auf die Herbeiführung eines solchen Werkes geht. Man nimmt einen derartigen Willen bei einem großen Teil der auf Vornahme einer Operation und ähnlicher Handlungen, sowie auf Erstattung eines Gutachtens gerichteten Verträge an.

Offenbar steht diese Auffassung in einem inneren Gegensatz zu der unter b geschilderten Ansicht. Dort wird gelehrt, daß der Parteiwille beim Arztvertrag sich regelmäßig, ausdrücklich oder stillschweigend, auf die Herbeiführung eines Erfolges im Sinne der §§ 631 ff. BGB richtet und lediglich das Wesen dieses Erfolges scheint verschieden beurteilt zu werden. Hier aber hat die Heranziehung des Werkvertragsrechtes zur Voraussetzung, daß die Herstellung einer körperlichen Sache oder die Vornahme einer hervorstechenden ärztlichen Handlung in Frage steht.

Es leuchtet ein, daß die besprochene Meinung bei der Frage, ob ein ärztliches Vertragsverhältnis im einzelnen Fall als Werkvertrag anzusehen ist, leicht in Schwierigkeiten gerät. Sie wird geneigt sein, an ihrer Grundanschauung des ärztlichen Arbeitsvertrags festzuhalten.

d) Eine verbreitete Meinung sieht in dem Arztvertrag einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (§ 675 BGB).[1] Zur Subsumtion des ärztlichen Arbeitsvertrages unter diese Kategorie gelangen die Vertreter der Ansicht durch eine weite Ausdehnung des Begriffes der Geschäftsbesorgung. Man geht von der Annahme aus, daß sich der Begriff der Geschäftsführung in den §§ 677 ff. mit dem Ausdruck Geschäftsbesorgung in den §§ 662, 675 BGB deckt, und bestimmt ihn etwa als die Entfaltung einer Tätigkeit, die geschieht, um „im Interesse des Geschäftsherrn einen bestimmt vorgestellten Erfolg herbeizuführen“.[2] Die Anwendbarkeit des § 675 BGB reicht bei dieser Auslegung weit über das Gebiet der rechtsgeschäftlichen Handlungen hinaus. Auch die ärztliche Tätigkeit läßt sich ohne Schwierigkeit dem so umgrenzten Begriff der Geschäftsbesorgung unterordnen, mag man sich nun als jenen „Erfolg“ Heilung oder Linderung der Krankheit oder irgend eine ärztliche Verrichtung selbst vorstellen.

Diese Auffassung wird ebenfalls gestützt durch verschiedene Rechtsregeln, die den praktischen Bedürfnissen angepaßt erscheinen. So hätte insbesondere nach § 663 BGB der Arzt, der öffentlich die Auf-

[1] Insbesondere Hellwig, S. 15 ff., 20; Vgl. Rümelin, S. 5, A. 3. Joachim und Korn, S. 341, 354.

[2] Hellwig, S. 10. Vgl. Oertmann, § 675. A. 1b.

nahme oder Weiterführung seiner Praxis angezeigt hat, die an ihn gerichtete Aufforderung zur Uebernahme einer Behandlung unverzüglich abzulehnen, wenn er der Aufforderung nicht Folge leisten will. Die Anhänger dieser Lehre verweisen ferner auf die § 665 (Abweichung von den erteilten Weisungen bei Gefahr), 666 (Auskunftspflicht), 670 (Ersatz von Aufwendungen). Die Bestimmungen werden später zu prüfen sein.

e) Die Besonderheit der Beziehungen zwischen dem Arzt und dem Kranken, sowie die Eigenart der ärztlichen Tätigkeit haben endlich noch dazu geführt, die Möglichkeit einer Unterordnung des Arztvertrages unter einen der im BGB geregelten Vertragstypen überhaupt zu leugnen. [1]) Von dieser Lehre wird ausgeführt, daß der Arztvertrag im Einzelfalle auf einen Werkvertrag hinauslaufen könne; hierbei wird besonders an die Herstellung eines körperlichen Werkes (z. B. eines Gebisses) gedacht. Ein Werkvertrag liege aber regelmäßig nicht vor, weil der Arzt nicht für einen besonderen Erfolg (z. B. vollständiges Gelingen einer Operation) einstehen wolle. Von dem Eintritt eines solchen Erfolges werde auch regelmäßig die Bezahlung nicht abhängig gemacht. Die Anwendbarkeit des Dienstvertragsrechtes wird aber deshalb in Abrede gestellt, weil „einerseits der Arzt keineswegs den Weisungen des Patienten Folge zu leisten hat im Sinne eines Dienstverhältnisses — der Schwerpunkt liegt vielmehr gerade umgekehrt in der Person des Arztes selbst als des leitenden und dirigierenden Elementes —," weil ferner auch im Verhältnis des Arztes zum Patienten das „Ergebenheitsmoment" fehle.

Daraus wird der Schluß gezogen, daß der Arztvertrag unter die Rubrik eines besonderen Arbeitsvertrages zu stellen sei, und nur den allgemeinen Regeln des Rechtes der Schuldverhältnisse unterliege. Für diese Auffassung dürfte in zahlreichen Fällen die Notwendigkeit eintreten, bei einem der abgelehnten Vertragstypen Rat zu holen. Zur Anwendung hier sich vorfindender und passend erscheinender Regeln unter dem Gesichtspunkte der Analogie muß sie sich ohne Zweifel entschließen. Es ist daher von vorne herein fraglich, ob mit dieser Lehre, die Richtigkeit ihres Ausgangspunktes vorausgesetzt, praktisch viel gewonnen wäre.

[1]) Kober bei Staudinger Vorbem. IV 1 c β vor § 611.

2. Eigene Meinung.

a) Die in der Rechtslehre und besonders in der Rechtsprechung vorherrschende Meinung, die den Arztvertrag grundsätzlich dem Dienstvertragsrecht unterstellt, führt zu dem Ergebnis, daß der Arzt lediglich Dienste leisten soll, die er mit den Regeln der ärztlichen Wissenschaft im Einklang zu halten hat. Er darf nach Treu und Glauben keine anderen als sachliche, im Interesse des Kranken liegende Ziele verfolgen.[1]) Sie beachtet indessen nicht die Aufgabe, vor deren Lösung ein bestimmter Krankheitsfall den Arzt stellt: dem Körper die bei dieser Krankheit geeigneten Mittel zur Selbsthilfe zu gewähren. Diese Aufgabe ist teils an sich geringfügig oder ihre Erfüllung ist durch Forscherarbeit leicht gemacht, teils erfordert sie besondere Fertigkeiten und Einrichtungen oder hat noch den Charakter eines Rätsels. Die herrschende Meinung, die nur die einzelnen ärztlichen Dienstleistungen ins Auge faßt, geht an den Zusammenhängen vorbei, in denen die Tätigkeit des Arztes zu betrachten ist. Sie steht noch im Banne jener Anschauung des ärztlichen Berufes, die Göthe den Mephistopheles in drastischen Worten zum Ausdruck bringen läßt. Diese Lehre kann nicht befriedigen.

b) Es fragt sich, ob es dem Wesen der ärztlichen Tätigkeit und dem Verhältnis zwischen dem Arzt und dem Kranken besser entspricht, das Werkvertragsrecht als Grundlage für die Beurteilung des Arztvertrages heranzuziehen.

α) Es liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit, die verschiedenen Meinungen über das Wesen des Werkvertrages und besonders seine Abgrenzung vom Dienstvertrag zu erörtern. Unbedenklich kann angenommen werden, daß es in befriedigender Weise nicht gelungen ist, das Anwendungsgebiet des Werkvertragrechtes sicher zu umgrenzen.

So vermögen die Deduktionen, die Lotmar zu der Unterstellung des Arztvertrages unter das Werkvertragsrecht führen, allein von der Richtigkeit des Ergebnisses nicht zu überzeugen. Die ganze Abstellung Lotmars auf Zeitlohn und Akkordlohn ist eine verfehlte. Es sind Fälle denkbar, in denen die Entlohnung für die Behandlung einer bestimmten Krankheit nicht nach einer Gebührenordnung, sondern unter Beschränkung auf die Behandlungsdauer nach gewissen Zeitabschnitten erfolgt (z. B. langwierige Behandlung eines Nervenkranken). Es ist nicht einzusehen, weshalb eine völlig veränderte rechtliche Einschätzung des Vertragsverhältnisses stattfinden soll, wenn der Arzt, anstatt die einzelnen Besuche zu liquidieren, vereinbarungsgemäß bestimmte Beträge für gewisse Zeit-

[1]) Vgl. Meyer, S. 23.

räume fordert. Die Annahme, daß in einem solchen Falle der Parteiwille je nach der Art der Entlohnung ein anderer sei, wäre nicht gerechtfertigt.

Für die Untersuchung der oben gestellten Frage wird von der durch die Entstehungsgeschichte und den Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen nahegelegten und überwiegend vertretenen Anschauung ausgegangen, daß beim Dienstvertrag „die Arbeit als solche," beim Werkvertrag ein von der Arbeitsleistung verschiedener Erfolg Gegenstand des Vertragsverhältnisses bildet.[1]) Ob ein dem Werkvertragsrecht unterliegendes Rechtsverhältnis hiernach vorhanden ist, kann bei dem einzelnen Vertrag oder den Vertragsgruppen nur unter Würdigung aller Umstände festgestellt werden.

Aus dem Wortlaut des § 631 Abs. II BGB geht unzweifelhaft hervor, daß das Gesetz den Werkbegriff nicht auf einen körperlichen Gegenstand beschränkt, der durch Arbeitsleistung herzustellen oder zu verändern ist; es ordnet darüber hinaus jeden anderen durch physische und geistige Tätigkeit herbeizuführenden „Erfolg" diesem Begriff unter.

Wann liegt ein „Werk" der letzteren Art vor?

Zu einer brauchbaren Vorstellung kann man nicht gelangen, wenn man als diesen Erfolg den unmittelbar der Arbeit anhaftenden Effekt bezeichnet.[2]) Offenbar wird damit der gleiche Arbeitsvorgang unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten betrachtet: als mit Energieverbrauch verbundene Tätigkeit und als zweckerfüllte Handlung. Diese Verflüchtigung des Erfolgsbegriffes dürfte nicht dem Willen des Gesetzes entsprechen. Von diesem Standpunkt aus ist auch eine Abgrenzung im Sinn der allgemeinen Lehre unmöglich.

Erforderlich ist für den Begriff ein innerlich von der Arbeit losgelöstes Ergebnis. Hier kommen in Betracht räumliche Veränderungen von Personen und Sachen. Der Erfolg besteht darin, daß die Person oder die Sache in einer anderen örtlichen Lage ist. Ferner aber handelt es sich vorwiegend um das Gebiet jener Einheiten, die aus Zusammenfassungen von psychischen Inhalten entstehen. Der Drucker und der Buchbinder schulden ein Buch als körperliche Sache, der Schriftsteller dagegen, der sich verpflichtet hat, ein Werk über einen bestimmten Gegenstand zu verfassen, schuldet es als eine lediglich dem Seelenleben angehörige

---

[1]) Staudinger Vorbem. VI, 1 vor § 611; Enneccerus § 365 I, 1. Treffend Gierke, S. 591: „Begriffswesentlich ist, daß die Arbeit als solche, als Zweck bestimmte Betätigung der Persönlichkeit selbst, als Dienst geschuldet wird. Dadurch unterscheidet sich der Dienstvertrag vom Werkvertrag, bei dem sich die Verpflichtung dessen, der Arbeit gegen Entgelt leisten soll auf ein bestimmtes Arbeitsergebnis, einen objektiven Leistungserfolg, ein gegenüber der arbeitenden Persönlichkeit verselbständigtes ‚Werk' richtet."

[2]) Lotmar II, S. 432: „Der Erfolg der Arbeit, der beim Akkord dem Entgeltsverhältnis einverleibt ist, mag er besonders genannt, oder ohne dies mit der Arbeit bezeichnet sein, ist identisch mit Wirkung oder Ergebnis der Arbeit. Das Wort ‚Erfolg' bedeutet beim Akkord nicht mehr als den unmittelbar der Arbeit anhaftenden Effekt."

Einheit. Nicht anders verhält es sich mit dem Vertrag zwischen Theaterunternehmer und Besucher, der allgemein als Werkvertrag anerkannt sein dürfte. Der Erfolg ist in allen hierher gehörigen Fällen mit jener Einheit identisch.

Es fragt sich, ob ein durch die ärztliche Tätigkeit herbeizuführender Erfolg Gegenstand des Vertrages zwischen dem Arzt und dem Kranken bildet.

Einige Schriftsteller haben die Unterstellung des Arztvertrags unter das Werkvertragsrecht abgelehnt mit der Begründung, daß der Arzt sich regelmäßig nicht zur Herbeiführung eines besonderen „Erfolges" verpflichten wolle.[1]) Dabei wird offenbar Erfolg im Sinne von günstigem Ausgang (Heilung usw.) verstanden. Die Prämissen dieser Meinung sind richtig. Der Arzt, der im Ernste die Zusicherung gibt, daß er durch seine Behandlung oder seinen Eingriff die körperliche oder geistige Gesundheit eines Kranken wieder herstellen werde, handelt nach ärztlicher Berufsauffassung schon im Einzelfalle meist nicht einwandfrei. Tut er es regelmäßig, so ist er ein Charlatan. Kein einsichtiger Kranker wird auch dem Arzt die Uebernahme einer solchen Verpflichtung zumuten wollen. Aus den richtigen Prämissen wird aber ein falscher Schluß gezogen.

Der Kranke, der den Arzt ruft, wünscht vor Allem, durch die ärztliche Behandlung seine frühere Gesundheit und Leistungsfähigkeit wieder zu erlangen, oder doch, wo dies offensichtlich nicht mehr geschehen kann, den bestmöglichen Ausgang oder einen erträglichen Verlauf der Erkrankung.[2]) Der Arzt teilt diesen Wunsch schon im Interesse seines Rufes und seiner Praxis. Die Erfüllung des Wunsches ist aber, wie eben dargelegt, nicht Gegenstand des Vertrages. Nur das zur Erfüllung dieses Wunsches als dienlich angesehene Mittel liegt im Handlungsbereich der Parteien. Eine vernünftige Auslegung des Vertrags wird daher zu dem Ergebnis gelangen müssen, daß der Parteiwille in erster Linie auf Verwirklichung der Maßnahmen gerichtet ist, die nach dem Stande der ärztlichen Wissenschaft bei dem konkreten Falle geeignet sind, dem erkrankten Körper die zur Wiederherstellung oder zur Beseitigung von Gefahren oder besseren Ueberwindung schmerzhafter Zustände erforderliche Hilfe zu gewähren.[3]) Die gebotene Therapie ist aber nicht bloß als eine Reihe einzelner Verrichtungen und Ratschläge aufzufassen. Sie erscheint als eine innerlich begründete Einheit und für jeden Fall nach der Art der Krankheit, den sonstigen konkreten Umständen und nach dem derzeitigen Stande der Wissenschaft gegeben. Ihre Verwirklichung liegt dem Arzt ob. Mit dieser hat er seiner Hauptverpflichtung genügt, gleichgültig, ob der Verlauf der Krankheit

---

[1]) Staudinger Vorbem. VI 1c β vor § 611, Joachim u. Korn I, S. 348.

[2]) Hierzu gehört auch Steigerung der Erwerbsfähigkeit, welche meist die Annäherung eines krankhaften Zustandes an einen gesunden bedeutet.

[3]) Vgl. unten zu γ.

zum Leben oder zum Tode führt. Die Summe der auf Heilung oder Gefahrenbeseitigung gerichteten Maßregeln, einschließlich chirurgischer und geburtshilflicher Eingriffe, hat ein fehlerfreies Bild der Unterstützung zu bieten, deren nach der medizinischen Lehre im gegebenen Falle der kranke Körper bedarf.

Der auf die Gewährung dieser Unterstützung gerichtete Vertrag kann aber nach dem Gesagten regelmäßig nur ein Werkvertrag sein.

β) Im Ergebnis kommt die entwickelte Anschauung der oben unter 1c angeführten Lehre gleich. Wie bereits erörtert wurde, gelangt Lotmar zu diesem Ergebnis auf einem Wege, auf dem nicht gefolgt werden kann. Die Formulierung von Oertmann, der in der „Diagnose, dem Heilplan, dem Beratungsergebnis" den vereinbarten Erfolg erblickt, entbehrt der notwendigen Klarheit. Sie läßt nicht erkennen, welcher Art der über der ärztlichen Tätigkeit selbst stehende Erfolg ist und erinnert im wesentlichen an die Begriffsbestimmung, die Lotmar für den Erfolg im Sinne des § 631 giebt.

Noch weniger befriedigend ist in dieser Beziehung die unter 1c gekennzeichnete Meinung, die sich auf die Annahme eines Werkvertrages bei Operationen und ähnlichen Eingriffen beschränkt. Aus einem Heilverfahren wird hier eine besonders hervortretende Maßnahme herausgegriffen und offenbar die durch sie bewirkte Aenderung am Körper als der verabredete Erfolg hingestellt. Es sollte aber nicht übersehen werden, daß mit dem operativen Eingriff die ihm nachfolgende Behandlung wesentlich verknüpft ist; es ist weder sachlich noch rechtlich angängig, beides von einander zu trennen.

Gegen die Unterstellung des ärztlichen Vertrages unter das Werkvertragsrecht macht Rabel den Einwand geltend, sie könne zu einer brauchbaren juristischen Behandlung nicht führen. Entweder man würde den Arztvertrag und alle ähnlichen Verträge unter sämtliche Normen des Titels vom Werkvertrag subsumieren oder einzelne Normen als unpassend ausscheiden. „Das letztere wäre die reine Willkür und würde die größte Unsicherheit erzeugen".[1]) Es ist richtig, daß die Bestimmungen des Werkvertragrechtes des BGB zu einem Teil auf körperliche Werke zugeschnitten sind. Weshalb aber dieser Umstand dagegen sprechen sollte, die nicht auf Herstellung eines körperlichen Werkes gerichteten Verträge dem Werkvertragsrecht zu unterstellen, sofern ihr Wesen bei der Fassung des Gesetzes eine solche Subsumtion zuläßt und erfordert, ist nicht einzusehen.

γ) In den obigen Erörterungen ist von dem Normalfall des ärztlichen Arbeitsvertrags, der Behandlung eines Kranken, ausgegangen. Daneben giebt es noch eine Reihe anderer Aufgaben, die an den Arzt herantreten, wie Untersuchungen mit und ohne Ausstellung von Zeugnissen, Eingriffe zu kosmetischen Zwecken u. ä. Sie haben neben jenem Regelfall keine erhebliche Bedeutung. Es kann nicht

[1]) A. a. O. S. 76.

zweifelhaft sein, daß auch diese Verträge dem Werkvertragsrecht unterliegen. Bei den zu kosmetischen Zwecken geschlossenen Verträgen dürfte eine ähnliche Formulierung des Erfolgs, wie bei den Krankheitsfällen, am Platze sein, während bei den bloßen Untersuchungen die schriftliche oder mündliche Feststellung des Untersuchungsergebnisses als der vereinbare Erfolg zu betrachten ist.[1])

c) Die vorstehenden Ausführungen lassen die noch zu prüfende Frage offen, ob der Arztvertrag dem § 675 BGB unterzuordnen ist.

Der Begriff der Geschäftsbesorgung im Sinne dieser Vorschrift ist lebhaft bestritten.[2]) Auf die Streitfrage kann nicht näher eingegangen werden. Die Auffassung, die den Arztvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag betrachtet, gelangt hierzu durch eine weite Fassung dieses Begriffes. Eine solche dürfte weder dem Sinne des Gesetzes noch den praktischen Bedürfnissen entsprechen. Die in der Rechtsprechung und Rechtslehre anscheinend überwiegende Meinung schließt den Arztvertrag mit Recht aus der Kategorie der Geschäftsbesorgungsverträge aus, wenn auch die Begründung verschieden ist. Mag man den Begriff der Geschäftsbesorgung bestimmen als eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlichen Charakters, die für einen andern in dessen Interesse vorgenommen wird,[3]) oder als eine Tätigkeit, die auf Vornahme von Rechtsgeschäften und sonstigen rechtlich bedeutsamen Handlungen gerichtet ist,[4]) oder mag man den Begriff der Geschäftsbesorgung dahin abgrenzen, daß der zur Besorgung Verpflichtete eine Tätigkeit ausüben muß, die der Berechtigte tun müßte oder könnte, die vor der Uebertragung diesem zusteht oder obliegt,[5]) so wird man immer die Einreihung des Arztvertrages unter die Geschäftsbesorgungsverträge zu verneinen haben. Verschiedene Schriftsteller verweisen zur Abgrenzung auf die Anschauung und den Sprachgebrauch des täglichen Lebens.[6]) Wie aber die teilweise abweichende Auffassung des Begriffes unter ihnen selbst lehrt, führt dieser Gesichtspunkt allein zu keiner sicheren grundsätzlichen Unterscheidung. Bei der vorliegenden Frage würde man jedenfalls auch bei Heranziehung dieses Merkmales zu einem verneinenden Ergebnis gelangen müssen. Denn es ist nicht angängig, die Vollziehung einer Geburt und die Behandlung eines Geisteskranken, das Heilverfahren mit einem Schwindsüchtigen und die Entfernung einer Gehirngeschwulst als Besorgung von Geschäften zu bezeichnen.

---

[1]) Denkbar sind auch Vertragsverbindungen; der Kranke verlangt z. B. während der Behandlung ein Gutachten.

[2]) Vgl. die Zusammenstellung der Ansichten bei Oertmann, § 675, 1 b.

[3]) KRGR § 675 A. 1; ähnlich Staudinger § 675 A. 2 b; vgl. Oertmann, § 675 A. 1 b 2.

[4]) Enneccerus I, § 384, I.

[5]) Lotmar I, S. 276 ff.

[6]) Staudinger a. a. O.; Oertmann a. a. O.; Enneccerus a. a. O.; Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung § 22, A. 10.

Der Unterordnung des Arztvertrages unter den § 675 BGB widerspricht vor allem auch der Umstand, daß die Anwendung verschiedener durch diese Vorschrift für entsprechend anwendbar erklärter Bestimmungen des Auftragsrechtes auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Arzt und dem Kranken zu erheblichen Bedenken Anlaß geben muß. Der § 665 würde beim Arztvertrag mit der Wirklichkeit in einem wesentlichen Punkte nicht übereinstimmen. Denn der Kranke ist regelmäßig gar nicht in der Lage, dem Arzt sachliche Weisungen über die Behandlung zu erteilen; der Arzt schlägt meist eine Maßnahme vor und der Kranke erklärt sich damit einverstanden. Auf der andern Seite wird vom Arzt vernünftiger Weise nicht verlangt werden können, daß er unsachgemäßen, seiner Ueberzeugung widersprechenden Aufforderungen des Kranken Folge leistet. Nach allgemeiner Anschauung dürfte dem Arzt kein Vorwurf zu machen sein, der einem Kranken die dringend gewünschte Morphiumeinspritzung verweigert, weil er sie für nachteilig hält (es braucht sich dabei nicht um einen Morphinisten zu handeln). Die Vorschrift kann allerdings einen guten Sinn haben in Fällen, wo eine bestimmte Maßnahme verabredet ist, von der dann, z. B. wenn der Kranke in der Narkose liegt, abgewichen werden mußte.[1]) Von § 666 BGB kann nur der erste Teil zu Gunsten der Auffassung von der Geschäftsbesorgungseigenschaft der ärztlichen Tätigkeit angeführt werden; er würde den Arzt dazu anhalten, dem Kranken die erforderlichen Aufklärungen über die Art der Erkrankung, die ärztlichen Maßnahmen und die Aussichten zu geben. Die weiteren Verpflichtungen, die dieser Paragraph dem Arzt auferlegte, erscheinen dagegen bedenklich. Will man nämlich unter der Verpflichtung zur Auskunfterteilung über den „Stand des Geschäfts" nicht allein die Verpflichtung zu der — meist dem Kranken uninteressanten — Erläuterung des Standes der Behandlung, sondern auch die Pflicht zur Aufklärung über die Lage der Krankheit verstehen, so befindet sich diese Vorschrift mit den allgemeinen Erfordernissen der Krankenbehandlung in schroffstem Widerspruch. In zahlreichen Fällen schwerer Erkrankungen ist es von Wichtigkeit, den Kranken nicht die volle Wahrheit des Ernstes seiner Lage wissen zu lassen. Nicht anders steht es auch mit der Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung. Würde man diese Pflicht nicht willkürlich auf die Vorlegung einer spezifizierten Rechnung[2]) einschränken, so müßte man an den Arzt die Anforderung stellen, daß er jedem unzufriedenen Kranken nach Beendigung der Behandlung auf Verlangen unentgeltlich einen begründeten Behandlungsbericht zu überreichen hat. Es bedarf keiner näheren Darlegung, daß dies zu unerträglichen Verhältnissen führen müßte. Die Vorschrift des § 667 steht in ihrer Allgemeinheit im Widerspruch mit der praktischen Uebung;[3]) sie würde allerdings in

[1]) Vgl. aber zu dieser Frage unten S. 72.

[2]) Vgl. hierzu unten S. 34.

[3]) Vgl. hierüber unten S. 29.

den Fällen der Entfernung von Fremdkörpern meist zu richtigen Ergebnissen führen. Der § 669, der die Verpflichtung des Kranken zur Vorschußleistung festsetzt, würde in besonders gelagerten, seltenen Fällen wohl einem praktischen Bedürfnis Rechnung tragen. In aller Regel wäre aber das Verlangen von Vorschuß durch den Arzt vor Aufnahme der Behandlung aus sachlichen und ethischen Gründen zu beanstanden. Endlich wäre noch die Vorschrift des § 673 zu erwähnen. Es kann dahin gestellt bleiben, inwieweit bei Aerzten, die Inhaber von Krankenhäusern und Heilanstalten sind, oder sich bei Ausübung ihrer Praxis eines oder mehrerer Assistenten bedienen, diese Vorschrift in einer gewissen modifizierenden Auslegung zur Anwendung kommen könnte. Im Regelfalle erscheint sie, abgesehen von dem hier eine Selbstverständlichkeit enthaltenden Satz 1, äußerst bedenklich. Es kann dem Erben nicht zugemutet werden, die Bücher des verstorbenen Arztes durchzusehen, einen fremden Arzt zu veranlassen, die Behandlung dringender Fälle aufzunehmen, und jedem Kranken einzeln von dem Tode Mitteilung zu machen. Der Erbe darf und soll auch gar nicht wissen, wie die Fälle stehen, ob mit dem Aufschub der Behandlung Gefahr verbunden ist oder nicht.

Auch diese Gründe rechtfertigen die Auffassung, die die Unterstellung des Arztvertrages unter § 675 BGB ablehnt. [1])

d) Die bisherigen Darlegungen haben ergeben, daß der gewöhnliche Arztvertrag grundsätzlich nicht Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff. BGB ist, sondern als Werkvertrag nach §§ 631 ff. BGB betrachtet werden muß, und daß er nicht zu den Geschäftsbesorgungsverträgen gezählt werden kann. Es wäre aber irrig, bei diesem Satze stehen zu bleiben und den Arztvertrag ausschließlich nach den Regeln des Werkvertragrechtes zu beurteilen. Bereits oben wurde erwähnt, daß die Rechtssätze hauptsächlich dem Regelfalle des Werkvertrages, der Herstellung oder Veränderung einer Sache, angepaßt sind. Bei solchen Rechtsverhältnissen treten besonders die persönlichen Beziehungen zwischen den Vertragsteilen im Gegensatz zu den Regelfällen der auf Leistung von Diensten gerichteten Verträge in den Hintergrund. Auch die Verträge, die auf unkörperliche Werke gerichtet sind, bieten vielfach keinen Anlaß diesem Moment besondere Beachtung zu schenken. Ferner kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Arztvertrag mit den Geschäftsbesorgungsverträgen manche Berührungspunkte aufweist, die in dem reinen Werkvertragsrecht keine Berücksichtigung gefunden haben. Der Schluß ist daher unabweisbar, daß von anderen Vertragsgebieten Rechtssätze

[1]) Vertritt man diese Auffassung, so braucht man deshalb noch nicht in allen Fällen vertragsloser ärztlicher Behandlnng die unmittelbare Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB zu verneinen und hier den Weg der Analogie zu beschreiten. Als Geschäftsführung im Sinne dieser Bestimmungen hat man nach richtiger Ansicht die „Vornahme eines Rechtsgeschäftes oder ein rein tatsächliches Handeln für einen andern“ anzusehen (Gierke, S. 980). Darunter fällt auch die ärztliche Tätigkeit, der Arzt ist im Interesse des Kranken als Geschäftsherrn tätig.

heranzuziehen sind, die gleichliegende Interessen regeln, wie sie im Verhältnis zwischen dem Arzt und dem Kranken auftreten.[1]) Jeder Versuch einer einseitigen Subsumtion, zu einem in allen Punkten befriedigenden Ergebnis zu gelangen, ist bei der Eigenart des Arztvertrages von vorne herein ein fruchtloses Bemühen. In der Verkennung dieses Umstandes durch die überwiegende Meinung besteht eine Quelle nutzloser Streites. Zwar führt eine sorgfältige Würdigung des Arztvertrages nach den Grundsätzen der §§ 242, 157 BGB allein schon zu wichtigen Ergebnissen, wie weiter unten zu zeigen sein wird. Dieses Verfahren versagt aber insbesondere in den Fragen des Beginns und der Beendigung des Arztvertrages.

Ein weiterer Umstand ist nicht außer Acht zu lassen. Die obigen Darlegungen befassen sich mit dem Regelfall des Arztvertrages. Eine andere Auffassung muß Platz greifen, wenn das Maß der vom Arzt zu leistenden Dienste in erster Linie nach dem Zeitmoment bestimmt ist. Hierher gehört der Hausarztvertrag (der Arzt erhält für Tätigkeit und Dienstbereitschaft bei einer Familie nach gewissen Zeitabschnitten einen Pauschsatz); ferner kommen solche Verträge in Betracht, bei denen die ärztliche Tätigkeit vorwiegend in einer Ueberwachung besteht (z. B. ein Arzt begleitet einen reichen Kranken auf einer Reise). Ist die objektive Bestimmung eines Erfolges nicht möglich, wie z. B. bei Kurpfuscherverträgen, so fehlt es an der Voraussetzung für die Subsumtion unter den Werkvertragsbegriff. In allen diesen Fällen ist Dienstvertrag anzunehmen. Dabei ist es nicht ausgeschlossen, daß gewisse Einzelleistungen wiederum nach Werkvertragsrecht zu beurteilen sind. Ob Fälle der geschilderten Art vorliegen, muß sich im einzelnen aus der Prüfung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ergeben.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß in der oben unter 1c angeführten Meinung insofern ein richtiger Kern steckt, als beim Arztvertrag das Werkvertragsrecht nicht rein zur Anwendung kommt. Als falsch erscheint dagegen, von vorne herein einen contractus sui generis aufzustellen. Das BGB kennt zwei Grundtypen entgeltlicher Arbeitsverträge (mit Modifikation durch § 675). Die Beantwortung der Frage, von welchem Grundtypus zunächst auszugehen ist, kann nicht umgangen werden. Beim Rechtsverhältnis zwischen dem Arzt und dem Kranken ist dies aber ohne Zweifel in der Regel der Werkvertrag.

[1]) Vgl. hiezu vor allem G. Rümelin, S. 1 ff., 303 ff. Ob es sich dabei um analoge Anwendung solcher Vorschriften handelt, oder ob man von der Anschauung auszugehen hat, daß die Vertragstypen Modifikationen eines einheitlichen Arbeitsvertrages sind und die Bestimmungen da eingestellt sind, wo sie am häufigsten vorkommen, ist eine schwierige nicht näher zu erörternde Frage. Die Auffassung des Gesetzgebers dürfte wohl zur Beantwortung in ersterem Sinn führen.

B. Das Recht des Arztvertrags im Einzelnen.

I. Abschluß.

Das Zustandekommen des Vertrags zwischen dem Arzt und dem Kranken bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 145 ff. BGB. [1]) Ihre Anwendung wird in vielen Fällen durch Vorhandensein einer hinreichend festen Verkehrsanschauung erleichtert. Der Antrag zum Vertragsschluß geht regelmäßig vom Kranken aus. Eine Ausnahme liegt z. B. vor, wenn der Arzt aus eigenem Antrieb einem Verunglückten zu Hilfe kommt. Ist dieser nicht imstande, einen rechtlich erheblichen Willen zu äußern, so beurteilen sich die Rechtsbeziehungen nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB).

Es fragt sich zunächst, ob der § 663 BGB beim Arztvertrag analoge Anwendung zu finden hat. Die Vorschrift, die besonders bei entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträgen von Bedeutung ist, entspricht einem Bedürfnis des Verkehrslebens. Wer ein Geschäft zu erledigen hat und mit dessen Besorgung jemand betrauen will, der sich hierzu öffentlich oder persönlich erboten hat, soll nicht unnötig in Zweifel darüber gelassen werden, ob er die Besorgung übernimmt. Es liegt im Interesse der Verkehrssicherheit, daß der andere im Falle der Ablehnung unverzüglich Anzeige macht; nicht selten könnten erhebliche Nachteile eintreten, wenn infolge der Ungewißheit über Annahme oder Ablehnung die Ausführung des Geschäfts sich hinauszögert. Für die Rechtsanwälte ist eine Verpflichtung zur Anzeige der Ablehnung bei beruflicher Inanspruchnahme durch § 30 der Rechtsanwaltsordnung ausdrücklich festgesetzt. Die Erwägungen, die zur gesetzlichen Aufstellung dieser Vorschriften führten, gelten ohne Zweifel in hohem Grade für das Verhältnis der Aerzte zu den Rat und Hilfe suchenden Personen. Es sind nicht nur Vermögensnachteile, die aus der Ungewißheit über das Eingreifen des Arztes entspringen können. Vielfach kann ein erfolgloses Warten auf ärztliche Hilfe schwere Nachteile für Leib und Leben zur Folge haben. Daher wird man die Vorschrift des § 663 BGB auf

[1]) Einen rechtlichen Zwang zum Abschluß gibt es bei dem hier allein in Rede stehenden freien Einzelvertrag nicht. Eine Verpflichtung des Arztes zum Tätigwerden besteht lediglich im Falle des § 360 Ziff. 10 StGB.

den Arzt anwenden müssen, der die Absicht der Ausübung seines Berufes öffentlich kundgemacht hat.[1])

Die besonderen vertraglichen Rechtsbeziehungen beginnen, wenn der Arzt das Angebot des Kranken annimmt. Ueber die wichtige Frage nach dem Zustandekommen des Vertrages sagt der § 663 selbst nichts aus; er enthält nicht eine dem § 362 HGB entsprechende Vorschrift, wonach Schweigen als Annahme des Antrags gilt. Bei Beantwortung der Frage hat man allgemein zu unterscheiden, ob der Antrag des Kranken in Anwesenheit oder in Abwesenheit des Arztes gemacht ist.

a) Nach § 147 BGB kann der einem Anwesenden gemachte Antrag nur sofort angenommen werden. Ebenso bedarf der durch Fernsprecher von Person zu Person gestellte Antrag der sofortigen Annahme. Diese Grundsätze gelten für alle Fälle, in denen der Kranke entweder zum Arzt persönlich kommt, oder durch Fernsprecher mit ihm spricht. Hierher gehören ferner die Fälle, in denen der Kranke den Arzt durch eine zugleich zur Entgegennahme der Antwort bevollmächtigte Person rufen läßt und diese ihn selbst antrifft. Eine Ermächtigung des Boten ist regelmäßig anzunehmen, wenn er die Antwort erwarten soll. Der Antrag des Kranken, der beim Arzt persönlich erscheint, erfolgt meist durch konkludentes Verhalten; der Kranke tritt in das Zimmer des Arztes, er teilt ihm sein Anliegen mit.[2]) Im bloßen Betreten des Wartezimmers ohne Anmeldung liegt noch kein bindender Antrag.

Der Vertrag kommt in diesen Fällen zu Stande, wenn der Arzt dem Andern gegenüber den Annahmewillen kundgibt; natürlich genügt eine stillschweigende Annahmeerklärung. Die Verkehrsanschauung sieht schon darin eine solche Willensäußerung, wenn der Arzt sich auf den Antrag einläßt, ohne alsbald ausdrücklich abzulehnen; er hört etwa den Kranken an, oder er fragt den Boten nach Wohnort und Person des Erkrankten und nach der Art der Erkrankung, ohne sein Erscheinen sofort zu verneinen. In einem völlig indifferenten Verhalten gegenüber einem Antrag — eine Nichtbeachtung braucht nicht notwendig vorzuliegen — ist aber eine Ablehnung zu erblicken.[3])

Ist der vom Kranken geschickte Bote nicht zum Empfang der Antwort des Arztes bevollmächtigt (er ist z. B. geschäftsunfähig), so kommt der Vertrag nach § 147 Abs. I BGB auch dann nicht zustande, wenn der Bote den Arzt persönlich trifft und dieser den Antrag annimmt (s. unten b).

---

[1]) Vgl. Joachim und Korn S. 344.

Die schuldhafte Verletzung dieser Anzeigepflicht begründet für den Kranken einen Anspruch auf Schadensersatz. Zu ersetzen ist der durch die Unterlassung oder Verzögerung der Anzeige entstandene Schaden. Eine besondere Beachtung wird § 254 BGB finden müssen. Ob ein schuldhaftes Zögern vorlag, ist nur bei genauer Würdigung der Umstände des Einzelfalles zu ermitteln. Vgl. KRGR § 663 A. 3; Oertmann § 663 A. 1.

[2]) Vgl. Meyer S. 10.

[3]) Vgl. von Tuhr § 61 A. 123.

Wenn der Arzt einen Familienangehörigen ermächtigt, sein Kommen unter gewissen Umständen zuzusagen, so gelten für den Abschluß des Vertrages mit diesem die vorstehenden Regeln entsprechend. Der Angehörige tritt insoweit an die Stelle des Arztes. Ueberschreitet er seine Vollmacht, so haftet er dem Kranken nach Maßgabe des § 179 BGB. Daneben kann gegen den Arzt ein Ersatzanspruch aus § 831 BGB begründet sein.

b) Häufiger als an den anwesenden Arzt wird der Vertragsantrag durch Mittelspersonen an ihn gerichtet. Im wesentlichen dürften folgende Fälle in Frage kommen. Der Kranke erscheint in der Wohnung des Arztes während dessen Anwesenheit oder ruft ihn durch Fernsprecher an; er trifft ihn aber nicht persönlich, sondern teilt seinen Wunsch einer Person mit, die ihn empfängt oder das Gespräch entgegennimmt. Oder der Kranke bedient sich eines Boten und der Antrag wird während der Anwesenheit des Arztes in der Wohnung von einer Mittelsperson entgegengenommen. Oder der Antrag wird auf eine der vorbezeichneten Arten in der Wohnung des Arztes während dessen Abwesenheit angebracht.

Zunächst ist zu prüfen, wann der Antrag in diesen Fällen wirksam wird. Nach § 130 BGB geschieht dies in dem Zeitpunkte, wo er dem Arzt zugeht. Ueber die Frage des Zugehens einer schriftlichen Erklärung herrscht im Allgemeinen Einverständnis; dagegen ist bestritten, wenn eine Erklärung als zugegangen zu betrachten ist, die mündlich im Hause des Empfängers an eine dritte Person abgegeben wurde. Gerade dieser Fall kommt beim Arzt vielfach in Betracht. Man hat die Ansicht aufgestellt, daß hier die Erklärung erst dann als zugegangen anzusehen ist, wenn sie dem Empfänger mitgeteilt wird.[1]) Demgegenüber nimmt die herrschende, namentlich in der Rechtsprechung verbreitete Meinung den Zugang der Willenserklärung schon dann an, wenn sie an eine geeignete Person abgegeben ist, ohne Unterschied, ob die Erklärung dem Empfänger später mitgeteilt wird oder die Mitteilung wider Erwarten unterbleibt.[2]) Wenn auch nicht zu verkennen ist, daß diese Meinung für den Empfänger bei unrichtiger Uebermittelung der Erklärung durch den Hausgenossen zu Unzuträglichkeiten führen kann, so dürfte sie doch wegen der leichteren Feststellbarkeit des Zugehens den Bedürfnissen des Verkehrs besser entsprechen. Man wird ihr auch in den vorliegenden Fällen beizutreten haben.[3])

Es fragt sich weiter, wann der Antrag des Kranken erlischt. Man hat zwei Gruppen von Fällen zu unterscheiden. Der Antrag wird mündlich durch den Kranken selbst oder einen zum Empfang der Ant-

---

[1]) Planck, § 130 A. 1c.

[2]) KRGR § 130 A. 1; Enneccerus § 150 B. 1b; RG 61, 125; 60, 334.

[3]) Ob eine etwaige Ablehnung durch den Arzt unverzüglich erfolgt ist, beantwortet sich natürlich nach dem Zeitpunkt, in dem der Arzt vom Antrag Kenntnis erhalten hat.

wort ermächtigten Boten an eine Mittelsperson in der Wohnung des Arztes gerichtet, während der Arzt sich in ihr befindet. Und ferner, der Arzt wird durch einen nicht zum Empfang der Antwort ermächtigten Boten gerufen, oder er ist nicht zu Hause wenn der Antrag dort eingeht.[1])

Der Zeitpunkt des Erlöschens beurteilt sich in der ersten Gruppe nach § 147, Abs. II BGB. Der Kranke, der den Arzt durch Fernsprecher anruft, oder in dessen Wohnung erscheint und angemeldet wird, der zum Empfang der Antwort ermächtigte Bote des Kranken darf alsbald oder bis zum Ende der Sprechstunde eine Antwort durch persönliche Mitteilung oder Uebermittelung eines Hausgenossen erwarten. Erfolgt die Antwort in dieser Weise nicht, so erlischt der Antrag regelmäßig. Der Kranke kann in diesen Fällen zugleich annehmen, daß der Arzt den Vertrag nicht schließen will. Erscheint er dennoch beim Kranken, so liegt hierin ein neuer Antrag (§ 150, Abs. I BGB). Bei der zweiten Gruppe kommen die Vorschriften des § 151 BGB in Betracht. Eine bejahende Antwort des während seiner Abwesenheit von der Wohnung dort gerufenen Arztes ist nach der Verkehrssitte regelmäßig nicht zu erwarten. Der Antrag des Kranken erlischt in dem Zeitpunkt, der sich nach dem aus dem Wortlaut des Antrages oder den sonstigen Umständen zu entnehmenden Willen des Kranken bestimmt. Ein sicheres Kennzeichen des Willens liegt erfahrungsgemäß in der Dringlichkeit, mit der der Arzt gerufen wird. Wenn er sofort, oder so bald als möglich kommen soll und es sich um Erkrankungen mit schweren Anzeichen handelt, so kommt je nach der Entfernung eine Spanne Zeit von höchstens einigen Stunden in Betracht. Der Arzt wird in solchem Falle, wenn er erst nach Verlauf einer längeren Frist den Kranken besuchen sollte, damit rechnen müssen, daß inzwischen die Hilfe eines andern Arztes in Anspruch genommen wurde, und auf sein Erscheinen verzichtet wird. Soll der Arzt „gelegentlich vorbeikommen", so entspricht es in der Regel dem Willen des Kranken, wenn ihn der Arzt noch im Laufe des gleichen Tages oder am andern Tage aufsucht. Bei der zweiten Gruppe von Fällen darf der Kranke nach der Verkehrssitte darauf vertrauen, daß entweder der Arzt erscheint, oder daß er pflichtgemäß mitteilt, er werde nicht kommen. Aus dem Stillschweigen des Arztes muß hier auf eine Annahme des Antrags geschlossen werden. Der Vertrag kommt in dem Zeitpunkt zustande, wo der Arzt die pflichtgemäße Anzeige der Ablehnung zu erstatten haben würde.

Die vorstehenden Ausführungen enthalten nur die Grundsätze, nach denen die Regelfälle zu beurteilen sind. Im Einzelnen kann eine Prüfung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu einem abweichenden Ergebnis führen.

---

[1]) Diesen Unterschied verkennt Meyer S. 10 f. anscheinend.

II. Wirkungen.

Beim Abschluß des Arztvertrages haben die Parteien regelmäßig in erster Linie ihre nächstliegenden Interessen im Auge. Dem Kranken kommt es auf die ärztliche Hilfeleistung an, für die er dem Arzt ein Entgelt zu entrichten hat; der Arzt sieht in der Ausübung seines Berufes die Quelle seines Einkommens. Ueber weitere im Zusammenhang mit der Ausführung des Vertrages möglicherweise hervortretende Interessen und deren Regelung machen sich die Parteien beim Vertragsschluß vielfach keine nähere Vorstellung. Es wäre aber verfehlt, deshalb anzunehmen, daß sich die vertraglichen Rechtsbeziehungen zwischen dem Arzt und dem Kranken in den Pflichten und Rechten erschöpfen, die sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben. Nach dem Grundsatze von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der im Verkehr zwischen dem Arzt und dem Kranken bestehenden Sitte und unter Würdigung aller regelmäßig gegebenen inneren und äußeren Umstände muß geprüft werden, durch welche weiteren besonderen rechtlichen Verknüpfungen die Interessenlage bei wirksamem Vertragsschluß [1]) gemeinhin als geregelt zu gelten hat.

Der Inhalt der Hauptverpflichtungen ist teilweise verschieden, je nachdem im Sinne der früheren Ausführungen Werkvertragsrecht oder Dienstvertragsrecht in erster Linie Anwendung findet. Im Zweifel ist der Arztvertrag dem Werkvertragsrecht unterzuordnen. Von diesem wird daher im folgenden ausgegangen.

I. a) In der Regel besteht der vom Arzt bei dem gewöhnlichen Vertrag mit dem Kranken geschuldete Erfolg in der Gewährung der Unterstützung, deren der kranke Körper nach dem Stande der medizinischen Wissenschaft zur Heilung oder zur Abwendung von Gefahren (im weitesten Sinn) bedarf. Die Unterstützung ist zu verstehen im Sinne einer Zusammenfassung der bei der gegebenen Krankheit angezeigten, vom Arzt kunstgerecht ausgeführten und verordneten Maßnahmen unter dem Gesichtspunkte der ihnen von der Wissenschaft beigelegten Wirkung. Diese Maßnahmen sind teils Verrichtungen, deren Ausführung dem Arzt selbst obliegt, teils Handlungen, die vom Kranken nach Verordnung des Arztes vorzunehmen sind. Ob die gewährte Unterstützung das von ihr erwartete günstige Ergebnis hat, ob der Kranke z. B. gesund wird oder nicht, ist hier ohne Belang.

---

[1]) Die Rechtswirksamkeit kann dem Vertrage besonders wegen Verstoßes gegen die guten Sitten versagt sein; das trifft z. B. zu bei einer auf die Herbeiführung eines Aborts ohne hinreichende Indikation gerichteten Vereinbarung.

Es dürfte nicht selten vorkommen, daß die Erkennung einer Krankheit dem praktischen Arzt nicht möglich ist, es bedarf vielleicht besonderer spezialistischer Ausbildung, besonderer geeigneter Apparate, günstiger Räume, Unterbringungs- und Beobachtungsmöglichkeit. Auch bei Vorliegen all dieser Voraussetzungen können noch Unsicherheiten bestehen. Es ist klar, daß in solchen Fällen der Arzt zu keiner Leistung verpflichtet ist, die erst bei weiterem Fortschreiten der Wissenschaft in näherer oder fernerer Zukunft von ihm erwartet werden kann. Ist die Art der Erkrankung nach dem Stande der Wissenschaft zunächst objektiv zweifelhaft, so wird für die Dauer dieser Unsicherheit eine unterstützende Behandlung nicht schlechthin gefordert werden können. Der geschuldete Erfolg beschränkt sich hier auf die Bewirkung einer Behandlung, die ein bei der gegebenen Lage der Dinge nach dem jetzigen Stande der Wissenschaft nicht angreifbares Bild bietet.

Wenn der Arzt in schwierigen Fällen mangels der erforderlichen Fertigkeit oder infolge Fehlens der äußeren Bedingungen (Unterbringung, Operationsgelegenheit, Hilfspersonal) zur Ausführung der gegebenen Maßnahmen nicht im Stande ist, so hat er dem Kranken vorzuschlagen, eine geeignete Heilanstalt oder Klinik aufzusuchen. Es entspricht der allgemeinen Verkehrsanschauung und ist als stillschweigende Voraussetzung bei jedem einzelnen Vertrag anzunehmen, daß sich für diese Fälle die Pflicht des Arztes auf einen solchen Rat beschränkt.[1]) Verlangt der Kranke unter Ablehnung des Vorschlages die weitere Behandlung, so wird der Arzt in der Regel einen den Umständen entsprechenden wenn auch weniger geeigneten Weg einzuschlagen haben.

Wer den Arzt ruft oder zu ihm kommt, weil er Befreiung von einer Krankheit wünscht, tut dies mit dem Bewußtsein der Notwendigkeit, daß er sich den ärztlichen Maßnahmen und Anordnungen zu unterwerfen hat. Ebensowenig wie bei anderen Werkverträgen der Besteller ist beim Arztvertrag der Kranke verpflichtet, die Herbeiführung des vertragsmäßigen Erfolges durch Ausführung oder Duldung erforderlicher Maßnahmen zu ermöglichen. Lehnt der Kranke von vorne herein einen Eingriff oder eine Verordnung bestimmt ab, so ist damit der Tätigkeit des Arztes eine Schranke gesetzt, auch wenn das Heilverfahren in Frage gestellt wird. Auf eine solche von vorne herein ablehnende Willensrichtung hat der Arzt stets Rücksicht zu nehmen. Er darf auch zu keinem erheblichen Eingriff schreiten, ohne daß der Kranke, soweit möglich, in angemessener Weise darüber unterrichtet ist, was mit ihm vorgehen soll (Vgl. unten b). Eine weitergehende Abhängigkeit vom Willen des Kranken dürfte jedoch weder dem Sinn und Zweck des Vertrages noch dem wohlverstandenen Interesse des Kranken entsprechen. Nicht selten kommt es vor, daß der Kranke auch bei

[1]) Für die Anwendung der Sätze von der Unmöglichkeit der Leistung ist hier nach der Natur der Sache kein Raum.

kleineren Eingriffen, wie der Oeffnung eines Furunkels, der Entfernung eines Polypen zaghaft dem Vorschlage des Arztes folgt und im letzten Augenblick beim Anblick der das Instrument führenden Hand ein energisch ablehnendes Verhalten an den Tag legt. Soll sich hier der Arzt entfernen und den Kranken seinem Schicksal überlassen? Soll er bei Verhinderung solchen Widerstandes durch Zuziehung einer Hilfsperson der Gefahr ausgesetzt sein, vor die Schranken des Straf- und Zivilgerichts gezogen zu werden? Das kann nicht angenommen werden. Ebenso hat vielleicht ein Kranker allerlei gegenstandslose Bedenken über irgend ein Mittel, ohne es unzweifelhaft abzulehnen; dem Arzt darf ein Vorwurf nicht gemacht werden, wenn er es dennoch verordnet. Es ist verfehlt, wenn man allgemein die Forderung aufstellt, der Arzt habe sich, „ehe er therapeutische oder operative Eingriffe (einschließlich der Impfungen) wagt," jedesmal um die besondere zuständige Einwilligung zu bewerben,[1]) oder der Arzt dürfe schlechthin niemals „den Willen des Kranken seinem eigenen Willen oder seiner Berufsüberzeugung opfern."[2]) Derartige Regeln könnten im Verkehr zwischen dem Arzte und den Kranken nicht ausgeführt werden, ohne schwere Nachteile für beide mit sich zu bringen.

Unterläßt der Kranke vom Arzte für erforderlich gehaltene Handlungen, oder lehnt er die Vornahme angezeigter Eingriffe ab, so hindert er ihn insoweit an der Herbeiführung des vertragsmäßigen Erfolges. Der Verzug des Kranken tritt ein, wenn er eine sachgemäße Weiterbehandlung ablehnt oder vereitelt. Der Arzt kann in solchen Fällen nach § 642 BGB eine angemessene Entschädigung verlangen. Die Höhe der Entschädigung bei Annahmeverzug des Bestellers bestimmt sich allgemein nach der verlorenen Arbeitszeit und Erwerbsmöglichkeit, wobei in Anrechnung zu bringen ist, was an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben werden konnte.[3]) In Anwendung auf den Arztvertrag bedeutet diese Regel, daß der Arzt auch dann mindestens einen Besuch oder eine Konsultation zu liquidieren berechtigt ist, wenn infolge des Annahmeverzugs beabsichtigte Maßnahmen nicht ausgeführt werden konnten und die Bemühungen des Arztes von keinerlei Bedeutung für das Heilverfahren waren. Hat z. B. der Arzt einen Kranken zur Röntgenbestrahlung zu sich bestellt, weigert sich dieser aber nachträglich dagegen und geht unverrichteter Dinge wieder, so kann der Arzt allerdings nicht eine Röntgenbehandlung berechnen;[4]) wohl aber ist er berechtigt, eine angemessene Vergütung für den Verlust an Arbeitszeit und Verdienstmöglichkeit zu fordern, d. h. in der Regel die Gebühr für eine einfache Beratung.[5]) Daneben

[1]) Rabel, S. 28.
[2]) Meyer, S. 25.
[3]) Vgl. Oertmann, § 642, A. 5.
[4]) Dies wäre grundsätzlich nach § 615 anzunehmen.
[5]) Hätte der Arzt allerdings in der betreffenden Zeit eine andere Röntgenbehandlung vornehmen können, so wird er zur Forderung der vollen Vergütung berechtigt sein.

hat der Arzt einen Anspruch auf Ersatz besonderer Aufwendungen, die er für das erfolglose Angebot machen mußte (§ 304 BGB). Dahin gehören z. B. die Kosten eines Fuhrwerkes, besondere gerade für diesen Fall gemachte Anschaffungen, die Entlohnung einer für den Fall bestellten notwendigen Hilfsperson u. s. w. — Ueber das Recht des Arztes, den Vertrag bei Weigerung des Kranken zu kündigen, s. unten 3 d.

Voraussetzung einer richtigen Erfüllung der Hauptverpflichtung ist eine richtige Diagnose. Selbstzweck ist sie im Regelfalle beim Arztvertrag nicht. Die zur Ermittelung der Art der Erkrankungen dienenden Handlungen hängen sachlich mit dem Heilverfahren derart zusammen, daß sie rechtlich von der Hauptverpflichtung nicht getrennt werden können. In einem Punkte dürfte indessen eine gesonderte Betrachtung am Platze sein. Dem Streben der Aerzte nach genauen Diagnosen darf keine Schranke gesetzt werden. Deshalb sind diagnostische Maßnahmen, die im Einzelfalle über den Rahmen des vielleicht üblichen hinausgehen, rechtlich wohl nicht zu beanstanden, wenn sie nicht offenbar überflüssig und zwecklos sind.

Zu sachgemäßer Behandlung bedarf der Arzt meist gewisser Hilfsmittel, insbesondere der Instrumente. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß der Vorrat des Arztes an Instrumenten eine gewisse Vollständigkeit besitzen muß. Er muß in der Lage sein, die erforderlichen Eingriffe sachgemäß auszuführen. Die Instrumente sind durch den Arzt zu beschaffen. Er hat auch dann nicht das Recht, ein Instrument dem Kranken zu berechnen, wenn er es aus Anlaß des besonderen Falles gekauft hat. Verbandstoffe, Heilmittel, besondere, nur für den einzelnen Fall bestimmte und anwendbare Instrumente sind dagegen mangels einer anderen Verabredung von dem Kranken zu beschaffen. Bringt der Arzt sie bei, so hat der Kranke die dem Arzt dadurch entstandenen Auslagen zu vergüten. Zur Leistung von Vorschuß ist der Kranke jedoch in aller Regel nicht verpflichtet. Es widerspricht völlig der Verkehrsanschauung, daß der Arzt bis zum Empfang von Vorschuß mit seiner Tätigkeit sollte zurückhalten dürfen. Ein Arzt würde sich eine schwere Verletzung der Standes- und Rechtspflichten zuschulden kommen lassen, wollte er z. B. bei einem Schwerverletzten mit den erforderlichen Einspritzungen und dem Verbande warten, bis Vorschuß dafür geleistet ist.[1])

Ueber Zahl, Tageszeit und Dauer der Besuche entscheidet grundsätzlich das sich aus dem Inhalt der Hauptverpflichtung ergebende sachliche Bedürfnis. Der Arzt wird dabei meist einen gewissen Spielraum haben, innerhalb dessen er nach freiem Ermessen verfahren kann. Der Arzt darf nicht mehr Besuche machen oder den Kranken zu

[1]) Offenbar a. A. Joachim und Korn, S. 361 auf Grund von § 670 BGB. — In besonders gelagerten Fällen können berechtigte Interessen des Arztes Vorschußleistung fordern. Alsdann dürfte die analoge Anwendung der Bestimmung des § 669 gerechtfertigt sein.

häufigerem Besuch der Sprechstunde auffordern, als es zur Erreichung des Vertragszweckes erforderlich ist. Ueberflüssige Dienstleistungen, die auf ausdrücklichen Wunsch des Kranken geschehen sind, hat dieser zu honorieren. Der Arzt handelt aber niemals pflichtwidrig, wenn er selbst gegen den Wunsch des Kranken sachlich unnötige Besuche unterläßt. Es steht dem Kranken in diesem Falle frei, dem Arzt zu kündigen. Er kann ihn aber für die Kosten nicht in Anspruch nehmen, die er sich durch die Herbeirufung eines etwa entfernter wohnenden Arztes gemacht hat. Es ist nicht richtig, wenn der allgemeine Satz aufgestellt wird, „daß die ärztliche Hilfe mindestens unverzüglich geleistet werden muß, sobald der Arzt dazu im Stande ist." In der Regel wird allerdings die Vorsicht dem Arzt gebieten, zu handeln.

b) Der Kranke hat ein natürliches Interesse über Art, mögliche Ursache und mutmaßlichen Verlauf der Erkrankung, sowie über das einzuschlagende Heilverfahren Auskunft zu erhalten. Es wird durch familiäre, berufliche, geschäftliche Gründe vermehrt. Dieses Interesse ist selbstverständlich und allgemein anerkannt. Nicht selten deckt es sich auch mit dem sachlichen Erfordernis der Aufklärung zur Beruhigung des Kranken. Die Aerzte tragen diesem Interesse schon wegen ihres Verhältnisses zum Kranken und ihres Rufes Rechnung. Aus den Anweisungen und Ratschlägen des Arztes wird der Kranke vielfach die Beschaffenheit und den Grad der Erkrankung entnehmen können, wenn dies nicht schon offen für ihn zu Tage liegt. Abgesehen davon wird man aber bei Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu der Annahme gelangen müssen, daß der Vertrag dem Arzt die Pflicht auferlegt, dem Kranken auf Verlangen Auskunft zu erteilen. Ihre Grenze findet die Verpflichtung an dem Erfordernis, daß durch die Mitteilungen die Durchführung der Behandlung nicht unverhältnismäßig erschwert werden darf. Diese Einschränkung liegt im wohlverstandenen Interesse des Kranken. Daher braucht der Arzt die nackte Wahrheit nicht zu sagen, wenn davon lediglich eine Verschlimmerung zu erwarten wäre. Ebenso ist der Arzt nicht verpflichtet, einen Kranken über alle möglichen nachteiligen Wirkungen und Vorkommnisse zu unterrichten, weil dadurch leicht eine nach den gegebenen Umständen nicht gerechtfertigte Ablehnung hervorgerufen werden könnte.[1]) In welcher Weise der Arzt im Einzelnen der Verpflichtung zu genügen hat, hängt von der Lage des Falles ab. Wenn auch im allgemeinen die Forderung aufgestellt werden muß, daß der Arzt den Kranken nicht belügt, so wird sich eine bindende Regel nicht geben lassen. Es handelt sich immer um eine vernünftige Abwägung

[1]) Vgl. RG in J. W. 1912, S. 528 = RG 78, 432: „Eine Verpflichtung des Arztes, den Kranken auf alle nachteiligen Folgen aufmerksam zu machen, die möglicherweise bei einer dem Kranken angeratenen Operation entstehen könnten, kann nicht anerkannt werden. Die Annahme einer derartigen Verpflichtung läßt sich weder aus der Uebung der pflichtgetreuen und sorgfältigen Vertreter des ärztlichen Berufes, noch aus inneren Gründen herleiten."

der einander gegenüber stehenden Interessen. Vielfach wird der Arzt den Fragen des Kranken ausweichen können. Für den aus einer schuldhaft unrichtigen Auskunft entstehenden Schaden haftet der Arzt.[1])

c) Uralte Sitte fordert Schweigsamkeit von den Personen, denen man infolge ihres Berufes aus Gründen des geistigen und leiblichen Wohles persönliche vor den Augen und Ohren Fremder sonst bewahrte Dinge anvertraut. Diese ethische Norm, der wichtige Interessen des Einzelnen zu Grunde liegen, beherrscht auch das allgemeine Rechtsbewußtsein in dem Maße, daß sie in dem privatrechtlichen Verhältnis rechtliche Gestalt gewinnen muß. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß aus dem Vertrage zwischen dem Arzt und dem Kranken eine Verpflichtung zur Schweigsamkeit entspringt.[2]) Die Leistung des Arztes besteht in einem Unterlassen der Bekanntgabe aller von ihm bei seiner Tätigkeit wahrgenommenen inneren und äußeren Tatsachen, deren Bekanntwerden für den Kranken persönlich und sachlich nicht belanglos ist; ob eine Tatsache bereits gerüchtweise verlautet, ist für das Bestehen der Pflicht unerheblich.[3])

Die wichtige Frage, in welchem Umfange die Geltendmachung dieses vertraglichen Anspruches ausgeschlossen ist, kann im Einzelnen nicht unzweifelhaft sein. Stärkere Rechtssätze des öffentlichen Rechts, wie Vorschriften von Seuchengesetzen, können den Anspruch zurückdrängen und den Arzt zur Offenbarung an zuständiger Stelle zwingen; hierher dürfte auch die Vorschrift des § 139 RStB zu rechnen sein.

Von besonderer Bedeutung ist der aus §§ 157, 242 BGB zu entnehmende Grundsatz, daß ein Anspruch nicht verfolgt werden kann, wenn seine Geltendmachung sich als ein gegen Treu und Glauben verstoßender Rechtsmißbrauch darstellt; aus den gleichen Rechtssätzen folgt, daß ihm

---

[1]) Die Berufung auf § 666 BGB zur Begründung der Aufklärungspflicht erscheint entbehrlich. Man würde übrigens bei Anwendung dieser Vorschrift zu keinem anderen Ergebnis gelangen können, als dem oben dargelegten. — Vgl. auch Joachim und Korn, S. 354.

[2]) Vgl. Rabel, S. 46.

[3]) Auch dem Arzt, der ohne Vertrag an die Behandlung eines Kranken herantritt, liegt nach der Vorschrift des § 677 BGB Stillschweigen ob; denn er hat sein Verhalten so einzurichten wie das Interesse des Kranken mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert.

Der § 300 RStB bedroht den Arzt, der vorsätzlich und unbefugt ihm kraft seines Berufes anvertraute Privatgeheimnisse offenbart, mit Strafe. Diese Bestimmung erscheint als ein die Einhaltung der privatrechtlichen Pflicht sichernder Rechtssatz. Die Einwendungen, die gegen diese Auffassung gemacht werden — vgl. Spinner, S. 488 89 - -, sind nicht stichhaltig. Es dürfte zutreffen, daß der Schutz gegen die Offenbarung anvertrauter Geheimnisse mittelbar auch durch Interessen der Allgemeinheit, des Staates, gefordert wird. Dieser Umstand rechtfertigt aber die entgegengesetzte Meinung nicht. Darauf, daß die Vorschrift in erster Linie den Schutz der anvertrauenden Einzelperson bezwecken soll, deutet auch ihre Eigenschaft als Antragsdelikt. Nach diesem Charakter der Strafbestimmung dürfte die Annahme berechtigt sein, daß sie nur Anwendung findet, soweit der privatrechtliche Anspruch wirksam verfolgt werden kann.

insoweit die rechtliche Wirksamkeit fehlt, als seine Geltendmachung selbst im Einverständnis mit dem Verpflichteten dem allgemeinen rechtlichen und ethischen Empfinden zuwiderläuft.[1])

Der Kranke kann endlich auch ganz oder in einzelnen Punkten auf den Anspruch ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet haben. Hierzu ist Geschäftsfähigkeit erforderlich.[2])

Aus diesen Gründen handelt der Arzt nicht unbefugt, der bei der Behörde einen Fall von Kindbettfieber anzeigt, oder den Eltern der Verlobten Mitteilung von der Lues des Bräutigams macht. Daher muß der Arzt auch für berechtigt gehalten werden, vor Gericht, soweit notwendig, die Behandlung des die Zahlung verweigernden Kranken auseinanderzusetzen. Dagegen kann nicht allgemein entschieden werden, ob der Arzt stets zur Anzeige einer ihm bekannt gewordenen strafbaren Handlung und zur Ablegung des Zeugnisses vor Gericht befugt ist. Nach dem oben gesagten wird eine solche Befugnis anzunehmen sein, wenn eine auf Stillschweigen gerichtete besondere Abmachung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig wäre. So wird der Arzt z. B. nicht zur Anzeige eines Mannes berechtigt sein, der seine Frau schwer mißhandelt hat (§ 223a RStG), wenn diese nicht ihre Einwilligung zur Anzeige erteilt. Die Frau, die bestrebt ist, die Bloßstellung der Familie zu vermeiden, kann mit vollem Recht den Anspruch auf Schweigsamkeit gegen den Arzt geltend machen. Anders wäre zu urteilen, wenn der Arzt bei einer Frauensperson einen kriminellen Abort findet.

Eine Pflicht des Arztes zur Offenbarung von Berufsgeheimnissen besteht nur in den durch Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen. Soweit er im Uebrigen zur Offenbarung befugt ist, hat er stets das Recht, auch zu schweigen.[3])

d) Die Gründe, die bei einem Kranken für die Wahl eines Arztes bestimmend sind, sind mannigfacher Art. Der Kranke läßt einen Arzt rufen, weil er ihn von früher her kennt und besonderes Vertrauen zu ihm hat. Oder er begibt sich auf Empfehlung von Bekannten in seine Behandlung. Oder er sucht ihn als Spezialisten auf. Endlich können äußere Umstände ausschlaggebend sein; der Kranke geht z. B. zu dem für ihn am günstigsten wohnenden Arzt, oder es wird bei einem Falle plötzlicher schwerer Erkrankung von mehreren gerufenen Aerzten der zuerst Erscheinende beibehalten. Derartige äußere Umstände

---

[1]) Vgl. Planck, § 242 A. 3 a.

[2]) Die Wirkung des Verzichts kann nicht durch einseitigen Widerruf rückgängig gemacht werden.

[3]) Die Ausführungen des Textes weichen von der besonders im Strafrecht herrschenden Meinung — vgl. Frank, § 300 A. III — materiell nicht ab. Man stellt dort auf die Begriffe der Pflichtenkollision und des überwiegenden Interesses ab. Die Begriffe Treu und Glauben und Verstoß gegen die guten Sitten erscheinen aber als geeignete Hilfsmittel zur Durchführung einer richtigen Interessenwertung. — Innerhalb des Aerztestandes besteht in dieser ganzen Frage zu Unrecht eine vielfach abweichende Auffassung.

können auch bei der Wahl eines Spezialarztes eine Rolle spielen. Aus dieser Betrachtung geht hervor, daß durchaus nicht in allen Fällen im gleichen Maße ein Interesse an einer Behandlung gerade durch den gewählten Arzt selbst besteht. Diese Verschiedenartigkeit offenbar hat zu einer mehrfachen grundsätzlichen Beantwortung der Frage geführt, ob der Arzt verpflichtet ist, die Behandlung in eigener Person durchzuführen oder ob er sich nach Belieben „vertreten" lassen d. h. einen andern Arzt mit der selbständigen Behandlung beauftragen kann.

Von einem Teil der Schriftsteller wird die Auffassung vertreten, daß der Arzt regelmäßig in eigener Person tätig sein müsse.[1]) Man beruft sich dabei auf § 613 BGB, wonach der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste im Zweifel in Person vorzunehmen hat. Eine gegenteilige Auffassung, wird behauptet, würde dem Vertrauensverhältnis des Kranken zum Arzt widersprechen. Der Kranke wolle die Dienste des gewählten Arztes haben. Nur dann sei eine Berechtigung des Arztes anzunehmen, sich vertreten zu lassen, wenn dies vereinbart sei.[2])

Demgegenüber sind andere der Meinung, beim Abschluß des Arztvertrages gehe der Parteiwille regelmäßig dahin, daß der Arzt entweder selbst erscheine oder an seiner Stelle einen ordnungsmäßig gewählten Vertreter schicke.[3]) Soweit diese Meinung den ärztlichen Vertrag als Dienstvertrag ansieht, lehnt sie die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 613 BGB ab; die Forderung der persönlichen Behandlung würde den Verhältnissen des Lebens nicht gerecht. Eine Ausnahme soll nur für den Fall bestehen, daß diese besonders zugesagt ist.

Der schroffe Gegensatz der beiden Ansichten, deren jede sich auf den Parteiwillen und die Verkehrssitte beruft, erscheint auffällig. Er läßt sich wohl daraus erklären, daß die erste Auffassung vorwiegend ihr Augenmerk auf die oben bezeichneten Fälle richtet, bei denen der Kranke auf die persönliche Behandlung gerade durch diesen Arzt besonderen Wert legt, während die zweite offenbar mehr auf die große Kundschaft des vielbeschäftigten Arztes oder Spezialarztes abstellt.[4])

Eine grundsätzliche Entscheidung der Frage, ob der Arzt beim gewöhnlichen Einzelvertrag zur Leistung in Person verpflichtet ist, oder sich vertreten lassen kann, ist nicht angängig. Durch die Aufstellung einer Regel gerät man mit den Verhältnissen des Lebens in Widerspruch.

---

[1]) Götte, S. 7; Meyer, S. 32; Joachim und Korn I, S. 366; Flügge, S. 67.

[2]) Götte a. a. O.: Bei „der üblichen Erholungsreise und dringender Verhinderung."

[3]) Rabel, S. 24; Ebermayer, S. 27. Die gleiche Ansicht dürfte wohl auch von Lotmar vertreten werden; vgl. Arbeitsvertrag II, S. 336/37.

[4]) Der Umstand, daß der Arzt einmal im Jahr einige Wochen zur Erholung verreist, dürfte wohl nicht als Begründung für die letztere Meinung angeführt werden können.

Das Werkvertragsrecht kennt eine dem § 613 BGB entsprechende Auslegungsvorschrift nicht. Es erscheint aber nicht richtig, für das Gebiet des Arztvertrages daraus eine Vermutung für die Zulässigkeit der Vertretung zu entnehmen. Von Fall zu Fall ist mangels ausdrücklicher Vereinbarung nach dem Grundsatze des § 157 BGB unter Berücksichtigung aller äußeren und inneren Umstände zu prüfen, ob die persönliche Dienstleistung des Arztes oder die Statthaftigkeit der Vertretung als vereinbart gelten kann. Dabei wird besonders auch die Uebung von Aerzten dieser Art, Art und Grad der Erkrankung, die Ortsüblichkeit in Betracht zu ziehen sein.

Vom „Vertreter" zu unterscheiden sind die Personen, die dem Arzt bei Ausübung der Behandlung behilflich sind. Auf diese Gehilfen finden die obigen Regeln keine Anwendung. Ihre Zuziehung muß dem Arzt gestattet sein, solange der Kranke nicht ausdrücklich ablehnt. Weist er eine Hilfsperson zurück und wird dem Arzt ohne diese das Arbeiten erschwert, oder steht ihm eine andere nicht zur Verfügung, so kommt der Kranke in Verzug der Annahme.

e) Der Arzt kann aus Gründen doppelter Art ohne Verschulden außer Stande sein, persönlich beim Kranken tätig zu werden. Infolge tatsächlicher Umstände, die von seinem Willen unabhängig sind, ist ihm die Behandlung unmöglich. Hierher gehören die Fälle, in denen der Arzt durch Krankheit, durch Fehlen von Beförderungsmitteln, durch elementare Ereignisse am persönlichen Erscheinen verhindert ist. Es kann ferner vorkommen, daß der Arzt durch besonders dringende Umstände derart in Anspruch genommen ist, daß die Zurücksetzung anderer Verpflichtungen notwendig wird. Solche Fälle sind denen tatsächlicher Verhinderung gleichzustellen. Wann sie vorliegen, wird nicht immer leicht zu entscheiden sein. Es wird eine Abwägung der Interessen vorgenommen werden müssen. Ein Arzt hat die Leitung einer demnächst bevorstehenden Geburt zugesagt. Er wird zu einem Kranken gerufen und findet hier die Notwendigkeit eines sofortigen Eingriffes vor, dessen Unterlassung den Tod zur Folge haben würde. Während er sich dazu anschickt, erhält er die Nachricht vom Beginn der Geburt. Es dürfte nicht zu bezweifeln sein, daß der Arzt hier nicht den Kranken seinem Schicksal überlassen kann, selbst wenn nach dem Befunde der Schwangeren ein schwieriger Verlauf der Geburt zu erwarten ist. Oder der Arzt, der sich anschickt, zu einem Kranken zu gehen, wird von der Polizeibehörde oder deren Stellvertreter zur Hilfeleistung bei einem Unglücksfalle gerufen; er muß unter Zurücksetzung seiner privatrechtlichen Verpflichtung gegenüber dem Kranken der Aufforderung Folge leisten.

Bei einer derartigen Verhinderung des Arztes ist zu unterscheiden, ob er nach den unter d erörterten Grundsätzen zur persönlichen Dienstleistung verpflichtet ist, oder ob er einen Vertreter entsenden kann. Im ersten Falle handelt es sich um Unvermögen zur Leistung. Es wird meist ein vorübergehendes sein. Der Arzt wird insoweit von der Verpflichtung zur Leistung frei (§§ 275, 285 BGB). Die Unkenntnis des Kranken

hiervon kann für ihn erheblichen Nachteil bringen. Er darf auf das rechtzeitige Eingreifen des Arztes vertrauen und würde es daher nicht selten unterlassen, sich bei Zeiten nach anderer ärztlicher Hilfe umzusehen. Eine Würdigung des Vertrages nach den Grundsätzen der §§ 157, 242 BGB muß zu dem Ergebnis führen, daß der Arzt in solchen Fällen verpflichtet ist, dem Kranken seine Verhinderung alsbald mitzuteilen.[1]) Die schuldhafte Verletzung dieser Pflicht macht ihn haftbar.

Ist der Arzt befugt, einen anderen Arzt zu entsenden, so liegt ihm aus den gleichen Gründen, die zur Annahme einer Anzeigepflicht führen, zunächst die Verpflichtung ob, für die rechtzeitige Aufnahme der Behandlung durch diesen Sorge zu tragen. Wenn ihm ein solcher Vertreter nicht zur Verfügung steht, oder wenn er wissen muß, daß dieser nicht oder nicht rechtzeitig erscheinen wird, so bedarf es auch hier der Anzeige an den Kranken. Dasselbe muß man bei dringender Gefahr wohl auch für die Fälle annehmen, wo der Arzt unter gewöhnlichen Umständen nicht zur Entsendung eines anderen Arztes befugt ist.

Für die Annahme einer Anzeigepflicht ist nur Raum, wenn die Umstände, welche die Unmöglichkeit der ärztlichen Leistung herbeigeführt haben, vom Arzt nicht zu vertreten sind. Trifft ihn dagegen ein Verschulden, so erlischt die Verpflichtung zur Leistung nicht. Gelingt es ihm nicht, die Rechtsfolgen durch Vereinbarung mit dem Kranken oder Auflösung des Vertrages zu verhindern, so haftet er für den dadurch dem Kranken entstandenen Schaden.

Die vorstehenden Ausführungen behandeln die wesentlichen aus dem gewöhnlichen Einzelvertrag für den Arzt entspringenden Pflichten. Weitere hier interessierende schuldrechtliche Verpflichtungen dürften nicht in Frage kommen.

Soweit es sich um Bestandteile des Körpers oder um Fremdkörper handelt, die der Arzt durch einen Eingriff in seine Gewalt bekommen hat, bieten im allgemeinen die Vorschriften des Sachenrechts dem Kranken ausreichenden Schutz. Körperteile erlangen mit dem Zeitpunkte die Eigenschaft selbständiger Sachen, wo sie vom Körper getrennt werden. Gleichzeitig fallen sie in das Eigentum dessen, dem sie „gehören". Diese allgemeine Rechtsüberzeugung findet unschwer ihre juristisch-konstruktive Begründung in der Analogie des § 953 BGB. Ihre Herausgabe kann der Eigentümer nach § 985 BGB fordern. Aehnliche Erwägungen gelten für Fremdkörper im Leibe des Kranken. Bei Fremdkörpern kann es zweifelhaft sein, ob sie vor der Entfernung als selbständige Sachen zu betrachten und des Eigentums fähig sind, oder ob sie Bestandteile des Körpers geworden sind und den Körper-

[1]) Vgl. Lotmar II, S. 188 ff.

teilen gleichgestellt werden müssen. Man wird geneigt sein, das erstere bei gewaltsam eingedrungenen im Körper nicht lebensfähigen Gegenständen anzunehmen. Sind solche Fremdkörper nicht derelinquiert, so behält der Eigentümer sein Recht; er kann die Sache vom Besitzer, mag dies der Arzt oder der Kranke sein, herausverlangen. Ist der Kranke dem Eigentümer aus besonderem Grunde zur Herausgabe verpflichtet und hat der Arzt den Besitz erlangt, so wird man dem Kranken mangels einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Abmachung wohl einen Anspruch auf Einräumung des Besitzes aus § 812 BGB zugestehen müssen; man kann auch insoweit an eine analoge Anwendung von § 667 BGB denken. Ist der Kranke in Fällen, in denen das Eigentum ihm zustehen würde ausdrücklich oder stillschweigend mit dem Eigentumserwerb durch den Arzt einverstanden, so wird dieser mit der Besitzergreifung entweder nach Analogie von § 956 oder nach § 929 BGB Eigentümer.[1]) Der Arzt, der einem aus den Tropen Zurückkehrenden einen Medinawurm aus dem Fuße entfernt, muß ihn dem Kranken auf dessen Verlangen herausgeben.

Gegenstände, die der Arzt zu diagnostischen Zwecken anfertigt z. B. Röntgenaufnahmen (Platten) und mikroskopische Präparate, gehören ihm. Der Kranke kann sie nicht herausverlangen.[2])

II. a) Die Hauptverpflichtung, die aus dem Arztvertrag für den Kranken erwächst, geht auf Entrichtung der Vergütung für die ärztliche Behandlung. Die Vergütung ist regelmäßig nicht eine von vorne herein feststehende einheitliche Summe. Sie wird durch eine Reihe verschiedener Sätze für einzelne Verrichtungen bestimmt.[3]) Maßgebend in der Frage der Vergütung ist die Vorschrift des § 632 BGB. Darnach gilt die Vergütung bei Fehlen einer ausdrücklichen Abmachung als stillschweigend vereinbart, wenn die Herbeiführung des vertragsmäßigen Erfolges nach den Umständen nur gegen eine solche zu erwarten ist. In aller Regel liegen beim Abschluß des Arztvertrages die Umstände so, daß die Parteien nicht an eine unentgeltliche Behandlung denken. Nächste Verwandschaft, besondere Fälle, in denen früher schon vom Arzt die Forderung einer Vergütung unterlassen wurde, Behand-

---

[1]) Vgl. Planck, § 90 A. 2a; Enneccerus, § 114 I; Joachim und Korn, S. 375.

[2]) Das Gegenteil würde sich im Widerspruch mit der Verkehrsanschauung aus § 667 BGB ergeben. Ein Recht des Kranken, Abzüge von Röntgenaufnahmen zu verlangen, ergibt sich aus dem oben unter b Gesagten.

[3]) Lotmar II, S. 462 f., 756 spricht hier von einem komplizierten Einheitsakkord. — Diese Art der Lohnfestsetzung ist durch die praktischen Bedürfnisse bedingt; es würde anders an einem brauchbaren Maß für die Entlohnung der ärztlichen Tätigkeit fehlen. Für die Auffassung des ärztlichen Rechtsverhältnisses als eines auf die Verwirklichung eines einheitlichen Erfolges gerichteten Werkvertrages ist dieser Umstand weder in bejahendem noch in verneinendem Sinn von Bedeutung.

lung im poliklinischen Betrieb können Ausnahmen bilden.[1]) Auch Aerzte untereinander pflegen kein Honorar zu nehmen. Die Fälle sind praktisch von keiner wesentlichen Bedeutung.

Die Höhe der Vergütung ergibt sich zunächst aus einer etwaigen Vereinbarung (§ 632, Abs. II BGB). Eine ausdrückliche Verabredung findet meist in der Weise statt, daß die Höhe des Entgeltsatzes für eine einzelne Verrichtung, insbesondere für einen operativen Eingriff bestimmt wird.[2]) Die Vereinbarung kann auch stillschweigend erfolgen; der Arzt weist z. B. einem Kranken gegenüber, der gesprächsweise seine pekuniäre Belastung durch die Krankheit andeutet, auf eine frühere gleiche Behandlung hin. Aus der Tatsache allein, daß der Arzt bei einem Kranken die gleiche Verrichtung wiederholt, wie bei früherer Gelegenheit, kann eine stillschweigende Vereinbarung der damaligen Vergütung nicht gefolgert werden.

Ist eine Vergütung nicht verabredet, so ist bei Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung zu entrichten. Von der den Landeszentralbehörden in § 80 Abs. II der Gewerbeordnung eingeräumten Befugnis zur Festsetzung von Taxen für die approbierten Aerzte haben die meisten Bundesstaaten Gebrauch gemacht.[3]) Nach der Gewerbeordnung soll die Bezahlung der Aerzte grundsätzlich der Vereinbarung überlassen bleiben. Die Taxen sollen lediglich als Norm für streitige Fälle bei Fehlen einer Vereinbarung dienen. Tatsächlich aber haben sich die Verhältnisse umgekehrt. Eine Vereinbarung findet in der Regel nicht statt, und die Aerzte berechnen ihr Honorar an Hand der Gebührenordnungen. Die Taxen enthalten Mindest- und Höchstgrenzen der für die einzelnen Verrichtungen zuständigen Gebühren. Ueber die nähere Bestimmung stellen sie Grundsätze allgemeiner Natur auf. Für gewisse Personen-Gruppen gelten ausnahmslos oder mit gewissen Einschränkungen die niederen Sätze. Nur eine Vergütung, die sich nach diesen Grundsätzen bemißt ist taxmäßig. Die taxmäßige Vergütung gilt nach § 632 Abs. II BGB als vereinbart. Wenn sich hiernach aus der Taxe unmittelbar ein zahlenmäßig bestimmter Betrag ergibt, hat der Arzt diesen zu fordern. In den anderen Fällen bedarf es der Bestimmung nach den

---

[1]) Ist eine Vergütung nicht vereinbart, so liegt ein Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff. BGB nicht vor. Als Auftrag stellt sich das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient ebenfalls nicht dar. Es handelt sich vielmehr um einen besonderen Vertrag, auf den die Regeln des Werkvertragsrechts analog anzuwenden sind, soweit dies nicht durch seine einseitige Beschaffenheit ausgeschlossen wird (vgl. Motive II S. 473.) Hiervon ist der nachträgliche schenkungsweise Erlaß der Honorarforderung zu unterscheiden.

[2]) Dies kann entweder unmittelbar durch zahlenmäßige Bezeichnung eines Betrages geschehen oder mittelbar etwa durch die Erklärung des Arztes, daß er zur Vornahme der Operation nur gegen Erstattung des dreifachen Betrages der Taxe in der Lage sei; bei Zustimmung des Kranken ist in der Regel das dreifache der Höchstgrenze vereinbart.

[3]) Vgl. Joachim und Korn I, S. 387—424.

allgemeinen von der Taxe erteilten Anweisungen. Ist eine Bestimmung zu treffen, so steht diese im Zweifel dem Arzt zu (§ 316 BGB); sie erfolgt durch empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 315, Abs. II BGB). Diese Willenserklärung ist rechtsgestaltend; sie bewirkt die Feststellung des vorher innerhalb mehr oder weniger weiter Grenzen schwankenden Umfangs der dem Kranken obliegenden Leistung.[1]) Ist diese Rechtsänderung vollzogen, so kann sie durch Widerruf nicht mehr rückgängig gemacht werden.[2]) Die Erklärung des Arztes erfolgt regelmäßig stillschweigend durch Uebersendung der Rechnung. Sie ist wirksam, wenn die Rechnung dem Kranken zugeht.[3]) Unerheblich ist hierbei, ob die Rechnung die einzelnen Verrichtungen und Beträge aufzählt, oder nur den Gesamtbetrag nennt. Eine einseitige Erhöhung des taxmäßig festgesetzten Betrages ist ebensowenig zulässig wie eine einseitige Herabsetzung. Stimmt der Kranke zu, so liegt im ersteren Fall ein Schuldänderungsvertrag (§ 305 BGB) im letzteren Fall ein Erlaß (§ 397 BGB) vor. Die Beseitigung der Erklärung durch den Arzt ist nur bei Willensmangel möglich. Hier tritt die Frage auf, wie ein Vermerk des Arztes auf der Rechnung zu beurteilen ist, daß er sich eine Aenderung des Betrages bei nicht rechtzeitiger Bezahlung oder bei Forderung der Spezifikation vorbehalte. Die Wirkung der Bestimmungserklärung selbst wird durch eine solche Kundgebung nicht berührt. Der Vermerk kann zwar als eine der Bestimmungserklärung beigefügte Bedingung aufgefaßt werden. Allein die Verbindung der Ausübung des Gestaltungsrechtes mit einer auflösenden Bedingung (die Wirksamkeit soll bei Eintritt der vorgesehenen Umstände aufgehoben werden) oder einer aufschiebenden Bedingung (die Wirksamkeit soll bei Nichtzutreffen der vorgesehenen Umstände eintreten) ist aber als unzulässig zu betrachten; das Interesse des andern Teiles fordert Gewißheit der Rechtslage.[4]) Der Kranke kann mit Recht verlangen, die wirkliche Höhe seiner Verpflichtung zu kennen. Würde man den Vermerk unter dem Gesichtspunkte einer die Bestimmungserklärung beschränkenden Bedingung betrachten, so müßte daher regelmäßig die Unwirksamkeit der so gestellten Honorarforderung des Arztes die Folge sein. Dieses Ergebnis entspricht aber dem Willen des Arztes nicht. Dieser will in Wirklichkeit einen voll wirksamen Anspruch gegen den Patienten geltend machen. Geht man von diesen Erwägungen aus, so erscheint jener Vermerk nur als Antrag zum Abschluß eines Vertrages, durch den die Höhe der Honorarforderung in einer vom Arzt zu bestimmenden Weise bei Eintritt der bezeichneten Voraussetz-

---

[1]) Vgl. Planck, § 315 A. 2 b. — Die maßgebenden Vorschriften der Taxen haben den Charakter einer Anleitung zu einem der Billigkeit entsprechenden Ansatz der Gebühr. Beim Fehlen solcher Vorschriften hätte der Arzt die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen (§ 315, Abs. I BGB).

[2]) Vgl. OLG 16, 367.

[3]) Die bloße Eintragung der Einzelbeträge in das Tagebuch bindet den Arzt noch nicht.

[4]) Vgl. allgemein Planck, Vorb. 3 d vor § 158.

ungen abgeändert werden soll. Uebergeht der Patient dieses Angebot mit Stillschweigen, so kann daraus nicht ohne weiteres auf eine Annahme geschlossen werden. Praktisch dürfte daher der Vermerk in den meisten Fällen bedeutungslos sein.

Ergibt sich unmittelbar aus der Taxe ein bestimmter Betrag, z. B. im Geltungsbereich der preußischen Taxe bei nachweisbar Unbemittelten, so ist eine Mehrforderung des Arztes ohne Belang. Der Kranke kann sich gegenüber dem die geschuldete Leistung ablehnenden Arzt durch Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit befreien (§§ 376, 378 BGB). Es fragt sich nun, welche Rechtsfolgen in anderen Fällen sich an die nicht nach den Grundsätzen der Taxe getroffene Bestimmung des Honorars knüpfen. Unmittelbar anwendbare Rechtssätze sind hier nicht gegeben. In § 315, Abs. III BGB wird nur der Fall geregelt, daß die Bestimmung allgemein nach billigem Ermessen zu geschehen hat. Zieht man aber in Betracht, daß die in den Taxen über die Bestimmung der Vergütung aufgestellten Grundsätze von dem Gedanken der Billigkeit beherrscht sind, so ergibt sich eine Rechtsähnlichkeit, die die entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 315, Abs. III BGB, rechtfertigt. Die im Widerspruch mit den Grundsätzen der Taxe vorgenommene Bestimmung ist unverbindlich. Sie wird durch Urteil getroffen.[1]) Das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung nach dem Eintritt der Fälligkeit in einer mit der gesunden Verkehrssitte nicht zu vereinbarenden Weise hinausgeschoben wird.[2]) Der Kranke kann hier die Bestimmung des Honorars im Prozeßwege erreichen, ohne daß bereits eine Rechnung des Arztes vorliegt.

Ist das Entgelt für einzelne Verrichtungen in einer Taxe nicht normiert, so sind bei der Bestimmung des Betrages die Gebühren für ähnliche Leistungen zu Grunde zu legen. Wo eine derartige Vergleichung nicht möglich ist, kann eine taxmäßige Vergütung nicht in Frage kommen.

Wenn auch im allgemeinen die Taxen der einzelnen Bundesstaaten im wesentlichen übereinstimmen, so kann ihre Anwendung doch im einzelnen ein abweichendes Ergebnis haben. Von Interesse ist daher die nähere Abgrenzung ihres Anwendungsbereiches. Die Vorschriften über den Leistungsort bieten für die Klärung dieser Frage keinen genügenden Anhalt. Es dürfte folgender Gesichtspunkt maßgebend sein. Wo es an der Vereinbarung einer Vergütung fehlt, steht die Bestimmung des Honorars regelmäßig dem Arzt zu. Für ihn kommen die Vorschriften derjenigen Taxe in Betracht, die in dem Bundesstaat seines Wohnsitzes und seiner Praxis gelten. Mit dieser Taxe ist er vertraut; nach ihr pflegt er zu liquidieren. Sie ist gleichsam das Preisverzeichnis

[1]) Ueber die Rechtsnatur dieses Urteils vgl. Planck, A. 3 zu § 315.

[2]) Ebenso, wenn der Arzt durch Aufforderung zur Bestimmung nach § 295 in Annahmeverzug gesetzt ist. Eine solche liegt in der Bitte um Uebersendung einer Rechnung.

seiner Leistungen. Wer einen Arzt aufsucht oder ihn ruft, hat mangels einer Vereinbarung mit dieser Gepflogenheit zu rechnen. Dies entspricht auch der allgemeinen Verkehrsanschauung. Als Grundsatz kann daher gelten, daß regelmäßig die Taxe des Bundesstaates maßgebend ist, in dem der Arzt Wohnsitz und Praxis hat.[1])

Kommt nach den vorstehenden Erörterungen eine Taxe nicht in Betracht, so ist die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen (§ 632, Abs. II BGB). Diese bestimmt sich nach den Ortsgebräuchen; die näheren Umstände insbesondere die soziale Stellung und die Vermögenslage des Kranken sind zu berücksichtigen. Hierbei wird, wie beim Eingreifen einer Taxe ein gewisser Spielraum gegeben sein. Mangels einer anderen Regelung hat die Bestimmung nach den Vorschriften der §§ 315 ff. BGB zu geschehen. Im Zweifel hat also der Arzt nach billigem Ermessen zu entscheiden. In Bundesstaaten, die eine Taxe nicht eingeführt haben, oder in denen die Taxe veraltet und durch die Verkehrsübung außer Geltung gesetzt ist, kann die Liquidierung nach der Taxe eines andern Bundesstaates allgemein oder an einzelnen Orten üblich sein.[2]) Im übrigen gelten die oben dargelegten Grundsätze.[3])

Der Anspruch auf Vergütung entsteht bei Abschluß des Vertrages. Seine Höhe wird durch die einzelnen Verrichtungen nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen bestimmt. Die Honorarforderung

[1]) Anscheinend abweichend Joachim und Korn I, S. 388. — Für ausländische Aerzte, die im deutschen Grenzbezirk zur Ausübung der Praxis zugelassen sind, gilt aber die Taxe des betreffenden Bundesstaates.

[2]) So liquidieren die Aerzte in Baden vielfach nach der preußischen Gebührenordnung.

[3]) Im Schrifttum ist vielfach erörtert, ob die sogenannten Autoritäten einer bestehenden Taxe unterworfen sind oder ob nach stillschweigender Uebereinkunft ihre Anwendung als ausgeschlossen zu gelten habe, so daß sie ihre Liquidation in Ermangelung einer über den Brauch eines Einzelnen hinausgehenden Uebung nach billigem Ermessen aufzustellen hätten. Die grundsätzliche Beantwortung der Frage kann der juristischen Betrachtung keine Schwierigkeiten bereiten. Abgesehen davon, daß es an jedem zuverlässigen Merkmal fehlt, nach dem die Gruppe der zu privilegierenden Aerzte abzugrenzen wäre, finden sich in den Taxen keine Anhaltspunkte, die auf solche Ausnahmestellungen gewisser Aerzte hindeuten. Es ist aber nicht angängig, allgemein bei Verträgen mit Aerzten, die etwa als Universitätslehrer tätig sind, oder sonst einen Ruf auf einem Spezialgebiet der medizinischen Wissenschaft besitzen, eine stillschweigende Vereinbarung des Wegfalles der Taxe zu unterstellen. Diese Annahme wäre nur berechtigt, wenn sie sich auf eine sichere Verkehrssitte berufen könnte. Dies trifft indessen nicht zu. Mit Recht hat daher die Rechtsprechung (vgl. die von Joachim und Korn I, S. 385 ff. BGB angeführten Urteile) grundsätzlich bei allen Aerzten die Taxen für anwendbar erklärt; s. auch Flügge, S. 75; abw. Meyer, Seite 27.

Es ist natürlich möglich, daß sich aus den Umständen des Einzelfalles der Ausschluß einer sonst geltenden Taxe ergibt, auch wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart ist. Wer sich in die Privatklinik eines Arztes begibt, wird sich damit stillschweigend der Art seiner Honorarliquidierung unterwerfen. Wer einen Spezialisten weit her zu einer Operation ruft, dürfte damit zu erkennen geben, daß er auf die Hilfeleistung dieses Arztes ohne Rücksicht auf die Kosten Wert legt.

ist in der Regel bei Abschluß der Behandlung fällig (§§ 641, 646 BGB)[1]). Bei früherem Erlöschen des Vertragsverhältnisses ist für die Fälligkeit dieser Zeitpunkt maßgebend. Von da ab kann der Arzt die Bezahlung fordern. Der Kranke ist berechtigt, sie zu leisten. Es beginnt die zweijährige Verjährungsfrist (§§ 196 Ziff. 14, 201 BGB). Der Kranke ist nach Beendigung der Behandlung gemäß § 641 Abs. II BGB verpflichtet, das festgesetzte Honorar zu verzinsen. Die Festsetzung erfolgt regelmäßig durch Uebersendung der Rechnung; daher gilt die Zinspflicht erst von deren Empfang ab. Auch wo der Betrag schon vorher feststeht, ist regelmäßig ein Verzicht des Arztes auf die Zinsen bis zur Uebersendung der Rechnung anzunehmen. Der Zeitpunkt der Fälligkeit des Honorars kann abweichend bestimmt sein. So ist in der Sprechstundenpraxis vielfach sofortige Bezahlung der Vergütung üblich. Ferner pflegt bei lange anhaltenden Krankheiten nach Ablauf einer gewissen Zeit der bis dahin entstandene Teilbetrag des Honorars liquidiert zu werden. Diese mit der Verkehrssitte im Einklang stehenden Gepflogenheiten hat der Kranke anzuerkennen, wenn er nicht bei Abschluß des Vertrages eine andere Vereinbarung traf.

Die Rechnungen der Aerzte enthalten nach verbreiteter Gewohnheit nur den Gesamtbetrag des Honorars. Der Arzt hat aber nötigenfalls die in Ansatz gebrachten Einzelgebühren ersichtlich zu machen. Geschuldet wird regelmäßig eine Summe von Einzelvergütungen. Solange der Kranke nicht die einzelnen Ansätze kennt, und ihre Höhe und Berechtigung nachprüfen kann, dürfte er nicht in Verzug kommen.[2]) Eine klagbare Pflicht zur Spezifikation ist nicht anzunehmen.

b) Die Auslagen des Arztes, die einer besonderen Ersatzpflicht unterliegen, werden bei Eingreifen von Taxen durch diese bestimmt. So sind dem Arzt regelmäßig zu ersetzen z. B. die Auslagen für Verbandstoffe, Arzneimittel und für Reisen und Fahrten über Land.[3])

Soweit Taxen keine unmittelbare Anwendung finden, können nach der Verkehrssitte die Regeln einer Taxe als vereinbart zu gelten haben (s. § 632 Abs. II BGB). In solchen Fällen bestimmt sich auch die Frage des Auslagenersatzes nach dieser Taxe. Wo etwa anwendbare Taxen keine Auskunft geben, wo auch keine besondere Verkehrsüblichkeit besteht und eine ausdrückliche oder stillschweigende Sonderabrede fehlt, würden über die Frage des Auslagenersatzes an sich die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht kommen. Der Arzt könnte Ersatz der Aufwendungen nur fordern, wenn die Voraussetzungen des § 683 BGB vorliegen. Dieses Ergebnis scheint mit der regelmäßig gegebenen Interessenlage nicht in Einklang

[1]) Lotmar II, S. 463, A. 1; 757.

[2]) Vgl. Seuffert A. Bd. 60, S. 223: Oertmann, § 612, A. 8. Zur Klagebegründung ist die Auflösung des Honorars in die Einzelsätze erforderlich.

[3]) Vgl. z. B. Pr. Geb. O., Nr. 18, 37, 37a, 41.

zu stehen. Der Anspruch des Arztes wäre davon abhängig, daß das Interesse und — abgesehen von § 679 BGB — der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Kranken die Aufwendungen deckt. Es liegt in der Natur der Sache, daß diese Voraussetzungen unter Umständen sehr schwierig zu prüfen sind. Im Widerspruch mit der Billigkeit könnte eine Versagung des ärztlichen Anspruches eintreten müssen. Der Kranke vermag Notwendigkeit oder Ueberflüssigkeit des ärztlichen Vorgehens meist nicht ohne weiteres zu übersehen; er darf dem Arzt vertrauen, daß er nur sachgemäß handelt. Der Arzt selbst wird regelmäßig das Interesse des Kranken im Auge haben. Ob Aufwendungen im Einzelfalle aber wirklich im Interesse des Kranken lagen, kann eine heikle Frage sein. Diese Umstände, insbesondere das zwischen dem Kranken und dem Arzt regelmäßig bestehende Vertrauensverhältnis erfordern und begründen die analoge Anwendung von § 670 BGB auf den Arztvertrag. Darnach ist der Kranke verpflichtet, dem Arzt die zum Zwecke der Herbeiführung des vertragsmäßigen Erfolges gemachten Aufwendungen zu ersetzen, die dieser den Umständen nach für erforderlich halten durfte.[1]) Der Arzt kann Ersatz aller Aufwendungen fordern, die er bei vernünftiger und sachgemäßer Ueberlegung unter den gegebenen Umständen für erforderlich erachten konnte. Für den Anspruch kommt es daher grundsätzlich auf die Lage des Einzelfalles an.

Die Anwendung dieser Vorschrift kann bedeutsam sein bei außergewöhnlichen Aufwendungen. Es entstehen z. B. besondere Kosten für die Beförderung einer Sauerstoffbombe zum Kranken. Oder das Fuhrwerk des Arztes bleibt nach starkem Schneetreiben bei einer Schneewehe stecken. Zur Ueberwindung dieses Hindernisses muß aus dem nächsten Dorf Hilfe geholt werden. Man wird nach Lage der Umstände in derartigen Fällen dem Arzt einen Anspruch auf Ersatz der besonderen Auslagen zu gewähren haben.

Weiter unten wird die Haftung des Kranken für Schäden, die der Arzt durch dessen Verschulden erleidet, zu prüfen sein. Es fragt sich, ob der Arzt darüber hinaus aus der Vorschrift des § 670 BGB Ansprüche gegen den Kranken wegen solcher Schäden herleiten kann, die ihm bei seiner Tätigkeit für den Kranken zugestoßen, aber nicht auf dessen Verschulden zurückzuführen sind. Der Gesichtspunkt, daß eine solche Haftung des Kranken im Einzelfalle nach Treu und Glauben als vereinbart gelten kann, bleibt dabei außer Betracht. Die Frage ist bestritten.[2]) Der Meinung, die die Haftung ablehnt, ist ohne weiteres

[1]) Man wird beispielsweise dem Arzt in der Regel den Anspruch nicht zugestehen können, wenn er wegen einer beabsichtigten oder infolge Weigerung des Kranken nicht ausgeführten Operation besondere Aufwendungen gemacht hat, obwohl er den Kranken noch nicht davon in Kenntnis gesetzt hatte und es bei den gegebenen Verhältnissen ungewiß war, daß der Kranke einwilligen werde. — Ueber den Sonderfall des Auslagenersatzes bei Annahmeverzug des Kranken war oben schon die Rede.

[2]) Ueber den Stand der Frage im allgemeinen s. Oertmann, § 670, A. 3. Vgl. aus der Rechtsprechung besonders RG 94, 170 ff.

zuzugeben, daß der Arzt nicht jeden zufällig bei Ausübung seines Berufes ihn treffenden und damit in ursächlichem Zusammenhang stehenden Schaden auf den Kranken abwälzen kann, für den er gerade tätig ist. Es scheint aber zu weit zu gehen, dem Arzt allgemein die Gefahr aller ihn zufällig treffenden Schäden aufzubürden.[1]) Man wird zu unterscheiden haben zwischen Gefahren, die allgemein mit der ärztlichen Berufsausübung insbesondere der Natur der Krankheit und ihrer Wirkung auf den Kranken verknüpft sind und solchen, die aus einer besonderen Art der Begleitumstände drohen, unter denen der Arzt im Einzelfalle seiner Verpflichtung gegenüber dem Kranken nachzukommen hat. Die Schäden der ersteren Art wird der Arzt in aller Regel zu tragen haben. Eine gegenteilige Auffassung würde dem herrschenden Rechtsbewußtsein und der allgemeinen Verkehrsanschauung widersprechen. Es gehört zur Aufgabe des Arztes, sich in solche Gefahren zu begeben. Die Vergütung muß zum Teil als Entgelt für ihre Uebernahme betrachtet werden. Den Arzt dürften aus diesem Grunde auch die gewöhnlichen, für jedermann mehr oder weniger bestehenden Verkehrsgefahren z. B. in einer Großstadt, oder in beschwerlichen bergigen Gegenden treffen. Im übrigen erscheint die Frage sehr zweifelhaft. Zwei Punkte werden bei der Beurteilung von Wichtigkeit sein: eine außergewöhnliche Art der Gefahr sowie die Frage, ob mit der Gefahr bei den gegebenen und erkennbaren Verhältnissen generell gerechnet werden muß. Der Arzt wird z. B. in einem dringenden Fall bei Glatteis in ein Dorf gerufen, das nur auf einem steilen Weg zu erreichen ist; er verunglückt auf diesem Wege. Man wird hier vielleicht einen Anspruch des Arztes gegen den Kranken auf Ersatz des Schadens bejahen können. Die Einbuße des Arztes kann als eine besondere im Zusammenhang mit der Behandlung des Kranken notwendig gewordene Aufwendung aufgefaßt werden, die vom Kranken zu ersetzen ist.[2])

Durch eine generelle Regel läßt sich die Frage der Tragung zufälliger Schäden im Gebiet des Arztvertrages kaum beantworten. Es wird hier letzten Endes immer auf eine billige Würdigung aller Umstände des Einzelfalles ankommen.

Der Anspruch auf Ersatz der gewöhnlichen Aufwendungen wird nach dem durchaus herrschenden Brauch mit dem Anspruch auf Vergütung der ärztlichen Tätigkeit zusammengenommen. Er bildet einen Bestandteil der Honorarforderung des Arztes. Daher gilt für den gewöhnlichen Ersatzanspruch weder über Zahlungszeit noch Zinspflicht etwas besonderes.

[1]) Hellwig, S. 25 f. führt zur Begründung seiner ablehnenden Ansicht aus: das Gesetz werde von dem Grundsatze beherrscht, daß nicht die bloße Verursachung eines Schadens, sondern nur die Verschuldung zum Ersatz verpflichte; das Gesetz habe hier von diesem Prinzip keine Ausnahme gemacht. Die Entstehungsgeschichte des § 670 BGB vgl. Motive II, S. 541, Protokolle II, S. 567 ff. rechtfertigt diesen Satz in seiner Allgemeinheit offenbar nicht.

[2]) Vgl. Enneccerus I, § 382, 4; KRGB § 670, A. 2.

c) Die Gefahren, denen der Arzt durch seine berufliche Tätigkeit ausgesetzt ist, beanspruchen bei der Untersuchung des Vertragsinhalts eine besondere Beachtung. Hat er den Kranken in dessen Wohnung aufzusuchen, so kann er durch mangelhafte Beschaffenheit des Zuganges, besonders bei Dunkelheit infolge ungenügender Beleuchtung, zu Schaden kommen. Vom Kranken selbst können ihm Nachteile drohen. Der Arzt wird durch den Kranken bei einem schmerzenden Eingriff verletzt; infolge unvorsichtigen Verhaltens des Kranken wird eine ansteckende Krankheit auf ihn übertragen. Dem Arzt gehörige Sachen können vom Kranken beschädigt werden. Man wird in Anbetracht der sozialen Bedeutung des ärztlichen Berufes bei richtiger Würdigung des Vertrages unter dem Gesichtspunkte der §§ 157, 242 BGB nicht fehlgehen, wenn man eine Pflicht des Kranken annimmt, den Arzt bei Ausübung seines Berufes vor Verletzungen seines Körpers oder seines Eigentums und Besitzes zu sichern.[1]) Daher haftet er ihm z. B. bei gefahrvollem Aufgang in seiner Wohnung. Vielfach wird der Kranke nicht in der Lage sein, diesen Pflichten selbst nachzukommen. Ihre Erfüllung geschieht durch den Familien- oder Hausgenossen. Ueber die Haftung siehe unten IV, 2.

III. Bisher wurde untersucht, welche Leistungen der Kranke und der Arzt auf Grund des Vertrages zu bewirken haben. Es soll noch erörtert werden, unter welchen Voraussetzungen sich die Rechte und Pflichten ganz oder teilweise auf dritte erstrecken. Verträge zwischen dem Dritten und dem Arzte über die Behandlung des Kranken scheiden hier aus (z. B. die Verträge der Krankenkassen, des Dienstherrn nach § 617 BGB, des Ehemanns über die Behandlung der minderjährigen Ehefrau, des Vaters über die Behandlung des Kindes).

a) Zunächst ist die wichtige Frage des rechtlichen Verhältnisses des Ehemannes zu dem Arzt zu prüfen, der die Frau zufolge eines durch sie geschlossenen Vertrages behandelt. Es stehen sich zwei Meinungen gegenüber.

Nach der einen Auffassung handelt die Frau als Vertreterin des Mannes vermöge ihrer Schlüsselgewalt (§ 1357 BGB)[2]). Die Frau sei berechtigt innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises den Mann zu vertreten. Die Rechtsgeschäfte, die sie innerhalb dieses Kreises vornimmt, seien in der Person des Mannes wirksam, wenn nicht aus den

[1]) Vgl. Planck, Vorb. I, 3b, d, aa zu §§ 275—292; Vgl. RG 80, 27.

[2]) Vgl. Joachim und Korn, S. 378; OLG 29, 216. Aus dem dort abgedruckten Teil eines Urteils geht nicht mit genügender Klarheit hervor, ob das Oberlandesgericht sich diese Auffassung zu eigen gemacht hat, oder ob es das Vollmachtsrecht anwenden will. Sollte etwa die Ansicht vertreten werden, daß der Vertrag von der Frau zwar im eigenen Namen geschlossen wird, daß sie aber als Vertreterin des Mannes nach § 181 BGB die Verpflichtungen auf diesen übernimmt? Das erschiene bedenklich.

Umständen etwas anderes hervorgehe. Darnach würde regelmäßig bei dem Vertragsschluß der Frau mit dem Arzt dieser allein berechtigt und verpflichtet werden. Diese Rechtslage wäre nur dann nicht gegeben, wenn ein Wille der Frau, sich selbst zu verpflichten, ausdrücklich kundgegeben ist oder wenn die besonderen Umstände, etwa die Art der Erkrankung, erkennen lassen, daß der Mann nichts mit der Sache zu tun haben soll. Diese Meinung erscheint aus zwei Gründen unhaltbar. Es ist weder der wirkliche Wille der den Arzt zu sich rufenden Frau noch die Auffassung des Lebens, daß sie selbst keinerlei Forderungen gegen den Arzt haben, sondern nur in rein tatsächliche Beziehungen zu ihm treten soll. Ebensowenig dürfte es in diesen Fällen der Absicht des Arztes entsprechen, mit seiner Honorarforderung regelmäßig nur an den Mann verwiesen zu sein. Rechtlich aber muß bezweifelt werden, daß die Bestellung oder die Aufsuchung eines Arztes in den häuslichen Wirkungskreis der Frau fällt. Wenn es auch nicht zutrifft, daß die Zuziehung des Arztes ausschließlich eine Sache des Ehemannes ist,[1]) so kann doch nicht zugegeben werden, daß es sich dabei um eine Angelegenheit handelt, deren Besorgung durch die Sitte der Frau zugewiesen wird.[2]) Die Notwendigkeit, einen Arzt in Anspruch zu nehmen, gehört nicht zu den regelmäßigen Vorkommnissen, für deren Erledigung nach den bestehenden Anschauungen gerade der eine oder der andere Teil innerhalb der Familie berufen ist. Daher ist es irrtümlich auf diese Weise die Haftung des Mannes für den Anspruch des Arztes dartun zu wollen. Diese Meinung führt auch wegen der Möglichkeit der Beschränkung oder des Ausschlusses der Vertretungsbefugnis (§ 1357 Abs. 2 BGB) zu unbefriedigenden Ergebnissen; sie gerät besonders dann in Verlegenheit, wenn der Ehemann zahlungsunfähig ist.[3])

Dieser Meinung steht die Auffassung gegenüber, die die Verpflichtung des Ehemannes unter dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung ohne Auftrag begründen will. Ihre Vertreter lehren, daß aus dem Vertrag zwischen dem Arzt und der Frau in erster Linie diese berechtigt und verpflichtet werde. Daneben aber habe der Arzt einen Anspruch gegen den Ehemann, da er mit der Behandlung eine Angelegenheit des Mannes besorge. Seine Geschäftsführung liege regelmäßig in dessen Interesse und entspreche dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen. Selbst ein entgegengesetzter Wille des Ehemannes komme aber vielfach

[1]) Diese Ansicht vertritt Brückmann in J. W. 1906, S. 76 ff.

[2]) Vgl. RG 61, 80; KRGR § 1357, A. 3.

[3]) Der Versuch in diesem Falle einen Anspruch des Arztes gegen die Frau mit Hilfe des § 826 BGB zu begründen, ist abzulehnen. Die sittliche Entrüstung, mit der das Urteil des Berliner Amtsgerichts v. 19. 3. 06 (B. Ä. C. 1906, Nr. 25) die Anwendbarkeit von § 826 BGB darzulegen sucht, beweist die Richtigkeit dieser Konstruktion nicht. Warum soll es unsittliche Schadenzufügung sein, wenn jemand einen ihm zugute kommenden Vertrag schließt, dessen rechtliche Wirkungen kraft gesetzlicher Bestimmung in der Person eines Zahlungsunfähigen eintreten?

deshalb nicht in Betracht, weil ohne die Behandlung eine gesetzliche Unterhaltungspflicht von ihm nicht rechtzeitig erfüllt würde (§§ 679, 1360 BGB). Der Arzt könne daher Ersatz seiner Aufwendungen, in diesem Falle Bezahlung des Honorars vom Ehemann verlangen (§ 683 BGB)[1]).

Es wurde bereits erwähnt, daß die Zuziehung eines Arztes zur Behandlung der Frau nach der heutigen Anschauung nicht eine besondere Aufgabe des Mannes ist. Eine durch die Rechtsordnung dem Manne zugewiesene Pflicht zur Sorge für die Person der Frau besteht nicht. Jeder der Ehegatten hat die sich aus dem Wesen der Ehe ergebende sittliche Pflicht, auf das Wohl des andern bedacht zu sein; zugleich hat er aber auch im Interesse der ehelichen Gemeinschaft für seine Gesundheit zu sorgen. Der die Ehefrau auf ihren Wunsch behandelnde Arzt besorgt, unter diesem Gesichtspunkte allein betrachtet, kein objektiv fremdes den Mann angehendes Geschäft. Die Absicht, sich dem Manne zu verpflichten, den er nicht kennt oder sieht, hat er aber in der Regel nicht.[2]) Immerhin ist hier die Anwendbarkeit der Sätze über auftragslose Geschäftsführung denkbar.

Ein anderer Stützpunkt dieser Auffassung liegt in § 1316 BGB; auf diese Bestimmung wird besonders in den sogenannten „Eilfällen" zurückgegriffen. Man unterstellt dabei, daß die Unterhaltspflicht die Leistung der ärztlichen Behandlung als Naturalleistung einschließt.[3]) Diese Ansicht beruht auf einer Vermengung der durch die eheliche Gemeinschaft begründeten sittlichen Pflichten und der vermögensrechtlichen Unterhaltspflicht. Dem Willen des Gesetzes dürfte sie nicht entsprechen. Die Motive — Bd. 4, S. 124 — bezeichnen es als selbstverständlich, daß der Ehemann auf Grund der Unterhaltspflicht Krankheits- und Kurkosten gegenüber der Frau zu bestreiten hat; § 187 des Allgem. Landrechts II 1, auf den die Bestimmung des BGB teilweise zurückgeht, sagt aus, daß zum Unterhalt der Frau auch die sie betreffenden Kurkosten gehören. In § 1610 Abs. 2 BGB bestimmt das Gesetz, daß der Unterhalt für verwandte, der Erziehung bedürftige Personen die Kosten der Erziehung und der Vorbildung zu einem Beruf umfasse. Die Annahme einer Pflicht zur Gewährung von Unterhalt durch die Dienste selbständiger dritter Personen als Erfüllungsgehilfen findet im Gesetz keinen Anhalt. Der Unterhaltspflichtige soll die Kosten tragen, die dem Berechtigten durch die im Interesse seiner Lebenshaltung erforderlichen Dienste Dritter erwachsen. Hat der Unterhaltspflichtige aus freien Stücken oder in Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht zur Sorge für die Person Verträge

---

[1]) Brückmann, a. a. O.; OLG 8, 343; Holz, a. a. O.

[2]) Geht man davon aus, daß es Sache des Ehemannes ist, bei einem Krankheitsfall ärztliche Hilfe zu gewähren, so könnte man auch zu der Auffassung gelangen, daß die den Arzt zuziehende Frau eine Angelegenheit des Mannes besorgt. Diese Auffassung wird in der Tat von Meyer, S. 17, in Erwägung gezogen, aber verworfen, da § 1357 BGB eingreife.

[3]) Zitelmann, Arch. f. ziv. Praxis 1899, S. 113; Oertmann, § 679 A. 2b; Vgl. Opet-Blume § 1360, A. 2 und 6; OLG 8, 343.

über die Leistung solcher Dienste an den Berechtigten abgeschlossen, so soll er nicht Ersatz der Vergütung usw. verlangen können.

Abgesehen von diesen rechtlichen Gründen stehen vor allem auch praktische Bedenken der Heranziehung der Kategorie der Geschäftsführung ohne Auftrag entgegen. Nimmt man an, daß die Unterhaltspflicht auf Verschaffung der ärztlichen Dienste als Naturalleistung geht, so würde bei voller Unterhaltspflicht des Mannes der Arzt in der Regel notwendig auch dessen Geschäft besorgen, wenn die Frau selbständig eine gebotene ärztliche Behandlung in Anspruch nimmt.[1]) Deshalb wäre er nach § 681 BGB selbst bei ausdrücklich erklärtem entgegenstehendem Willen der Frau verpflichtet, dem Manne den Beginn der Behandlung anzuzeigen und seine Entschließung abzuwarten — ein befremdliches mit der heutigen Stellung der Frau unvereinbares Ergebnis. Ferner würden nach § 681 Satz 2 BGB auch die Bestimmungen der §§ 666—668 BGB zur Anwendung gelangen müssen. Der Ehemann würde also hier viel weitergehende Rechte gegen den Arzt haben als sonst ein Kranker selbst aus dem ärztlichen Vertrag.

Die Zuhilfenahme der Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag ist zweifellos dem Wunsche entsprungen, die durch die Verhältnisse des Lebens in vielen Fällen geforderte Haftung des Ehemanns für den Honorar-Anspruch juristisch zu begründen. Der eingeschlagene Weg erscheint aber in hohem Grade bedenklich. Es ist zu prüfen, ob den praktischen Bedürfnissen auf andere Weise Rechnung getragen werden kann.

Man hat zunächst davon auszugehen, daß zwischen der Ehefrau und dem Arzt, den sie zur Behandlung ihrer Person zuzieht, regelmäßig ein Vertrag zustande kommt. Die Ehefrau treffen alle Vertragswirkungen. Der Ehemann hat der Frau die Kosten des Arztes zu gewähren.[2]) Die Pflicht der Frau zur Bezahlung des Honorars ist nicht davon abhängig, ob der Mann seiner Unterhaltspflicht nachkommt. Zweifellos ist es nun der natürliche Gang der Dinge, daß diese Kosten aus der Tasche des Mannes nicht erst durch die Hand der Frau an den Arzt gelangen, sondern daß er sie unmittelbar bezahlt. Eine Verpflichtung hierzu besteht an sich keineswegs. Billigt aber der Mann die Behandlung auch nur stillschweigend, indem er sich etwa nach der Art der Erkrankung oder dem Befinden der Frau erkundigt usw., so muß man bei richtiger Würdigung insbesondere mit Rücksicht auf die natürliche Auffassung des Lebens regelmäßig annehmen, daß er sich dem allgemeinen Brauch nicht entziehen und die Kosten der Behandlung an den Arzt unmittelbar bezahlen will.[3]) Da ein übereinstimmender Wille

[1]) Vgl. Oertmann, Vorbem. 3 zu §§ 677 ff.

[2]) Der Anspruch der Frau ist unübertragbar und kann nicht gepfändet werden. Der Arzt kann ihn aber mit Zustimmung der Frau im eigenen Namen gerichtlich geltend machen; vgl. RG 73, 306.

[3]) Gleichzeitig erstreckt sich die Haftung auf das eingebrachte Gut, § 1399 BGB.

des Arztes immer vorliegen wird, kommt zwischen dem Arzt und dem Ehemann in der Regel stillschweigend eine Vereinbarung zustande, durch die letzterer zur Bezahlung der Geldforderungen des Arztes verpflichtet wird. Ihrer rechtlichen Natur nach kennzeichnet sich diese Vereinbarung als Schuldbeitritt.[1]) Der Arzt verliert seine Ansprüche gegen die Frau nicht. Diese bleibt nach wie vor aus dem Vertrage verpflichtet. Der Ehemann haftet aber als Gesamtschuldner (§ 421 BGB). Der Forderung des Arztes kann der Ehemann die aus dem Vertrage entspringenden Einwendungen entgegensetzen. Im übrigen hat der Ehemann keine Rechte gegenüber dem Arzt. Es kann insbesondere nicht die Rede davon sein, daß ihm ein selbständiges Recht auf Auskunftserteilung zusteht.

Wenn der Mann überhaupt in keiner Weise mit dem Arzt in Berührung gekommen ist, oder wenn er sich von vorne herein gegen ihn ablehnend verhält, so kann ein rechtlicher Anspruch des Arztes gegen den Mann nicht in Frage kommen. Der Arzt, der den Mann nie gesehen hat oder der weiß, daß ihm die Behandlung der Frau durch ihn unerwünscht ist, wird tatsächlich nicht damit rechnen, von diesem etwas zu erhalten. Unter den genannten Voraussetzungen ist auch in den vielbesprochenen „Eilfällen" ein Anspruch des Arztes gegen den Mann nicht anzuerkennen. Sie haben in dieser Beziehung keine besondere rechtliche Bedeutung. Das ganze Aufgebot sittlicher Erwägungen zu dem Zweck, dem Arzt in diesen immerhin nicht häufigen Fällen einen liquiden Anspruch zu verschaffen, erscheint verfehlt.

Die gleichen Grundsätze, die hier für den Fall dargelegt wurden, daß die unterhaltsberechtigte Ehefrau selbständig einen Arzt zu ihrer Behandlung zugezogen hat, gelten auch bei Inanspruchnahme des Arztes durch den unterhaltsberechtigten Mann.

Die behandelten Fragen treten nicht auf, wenn beide Ehegatten bei der Zuziehung des Arztes für den einen Teil von vorne herein im Einverständnis sich befinden, und dieser Wille dem Arzt erkennbar wird. Alsdann kommt der Vertrag zwischen dem Arzt und den beiden Ehegatten gemeinschaftlich zustande. Es entstehen auf Seite der Ehegatten gemeinschaftliche Forderungen (§ 432 BGB) und Gesamtverbindlichkeiten (§ 427 BGB). Behandelt der Arzt den erkrankten Ehegatten, so befriedigt er dadurch zugleich den Hauptanspruch des andern.[2]) Zieht man in Erwägung, daß die Inanspruchnahme eines Arztes für einen Ehegatten meist eine auch den andern nahe berührende Angelegenheit ist, so entspricht ein gemeinsamer Vertragsschluß der engen Lebensgemeinschaft beider.[3])

---

[1]) Vgl. Planck, Vorb. 2a zu §§ 414 ff.

[2]) Vgl. Planck A. 1 zu § 432.

[3]) Beim Vertragsschluß kann der kranke Ehegatte zugleich als Bevollmächtigter (§ 164 BGB) des andern auftreten („mein Mann meinte, es wäre das Beste, wenn Sie bei der Niederkunft zugegen sein könnten").

b) Wie steht es, wenn der Gewalthaber den Vertrag eines in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Kindes nicht genehmigt, oder wenn der Arzt einem unmündigen Kind beispringt? Zunächst ist wohl nicht zu bezweifeln, daß der Arzt gegen das Kind selbst einen Anspruch aus auftragsloser Geschäftsführung hat. Er wendet im Interesse des Kindes eine Tätigkeit auf. Weiter dürfte aber auch ein Anspruch gegen den Gewalthaber aus den §§ 677, 683 BGB gegeben sein. Nach der allgemeinen Anschauung im Leben hat der Gewalthaber dem minderjährigen Kinde ärztliche Hilfe zu gewähren. Regelmäßig schließt er im eigenen Namen mit dem Arzt den Vertrag über die Behandlung des Kindes;[1]) es liegt ein unechter Vertrag zugunsten Dritter vor. Im Gesetz findet diese Anschauung ihre Grundlage in der Festsetzung der Pflichten des Gewalthabers für die Person des Kindes zu sorgen[2]) und ihm Unterhalt zu gewähren. Diese Aufgabe hat hier der Arzt in Angriff genommen, ohne dazu beauftragt zu sein. Er darf stets vermuten, daß seine sachgemäße Hilfe die Billigung des Gewalthabers finden wird. Die Anwendung von § 679 BGB bei erkennbar entgegenstehendem Willen muß aber auch hier regelmäßig ausscheiden; vgl. unten IV, 4 a. E.

---

[1]) RG 85, 183.
[2]) Kipp-Wolff, § 79 I 1.

III. Beendigung des Vertragsverhältnisses.

Das Vertragsverhältnis zwischen dem Kranken und dem Arzt erreicht in der Regel den Abschluß mit der Erfüllung der Hauptverpflichtung des Arztes. Seine Beendigung kann durch den Tod des Kranken oder des Arztes oder durch Kündigung eintreten. Ferner kann es durch gegenseitige Vereinbarung oder durch unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung auf Seiten des Arztes erlöschen. Hierüber gelten die allgemeinen Regeln.[1]) Die Beendigung des Vertragsverhältnisses fällt mit dem Erlöschen der Hauptverpflichtung des Arztes zusammen. Davon werden nicht ohne weiteres dessen Nebenpflichten betroffen. Insbesondere wird die Schweigepflicht regelmäßig bis zum Tode des Kranken oder des Arztes bestehen. Auch die Aufklärungspflicht erlischt nicht; der Kranke kann nachträglich noch Auskunft über die Art seiner Erkrankung usw. fordern.[2]) Die Anzeigepflicht wird vielfach erst bei Erlöschen des Vertragsverhältnisses praktisch. Im Einzelnen gilt folgendes:

a) Der Arzt hat den Abschluß der Behandlung nach seiner wissenschaftlichen, sachlich begründeten Ueberzeugung festzustellen. Er wird vielfach mit der vollständigen oder doch teilweisen Wiederherstellung des Kranken eintreten. Bei Erkrankungen die sich im Laufe der Behandlung als unheilbar erweisen, dürfte das zunächst eingegangene Vertragsverhältnis erlöschen, wenn feststeht, daß die Maßnahmen zur Bekämpfung der Erkrankung versagt haben. Soll die Behandlung nicht etwa zur Milderung der Beschwerden fortgesetzt werden, so hat der Arzt den Kranken davon in Kenntnis zu setzen, daß er seine Besuche einstelle. Ob er von der Unheilbarkeit des Leidens dem Kranken Mitteilung zu machen hat, richtet sich nach dem weiter oben Gesagten.

b) Der ärztliche Vertrag endet in der Regel durch den Tod des Kranken; der Arzt hat gegen den Erben einen Anspruch auf das Honorar für die bis zum Eintritt des Todes des Kranken geleistete ärztliche Behandlung. Eine Forderung gegen den Erben wegen einer

[1]) Der Arzt kann im Falle der unverschuldeten Unmöglichkeit die Vergütung für seine bisherige Tätigkeit fordern; vgl. Lotmar II, S. 757, 584; 597 f., 607.

[2]) Davon ist zu unterscheiden das Verlangen einer nachträglichen Darlegung des Verfahrens; eine solche Pflicht kann, wie bereits früher erwähnt wurde, nicht angenommen werden.

von dem Arzt in unverschuldeter Unkenntnis des Todes beabsichtigten, aber noch nicht selbst angefangenen Verrichtung muß dem Arzt nach dem in § 674 BGB enthaltenen wegen Gleichheit der Tatbestände hier anwendbaren Rechtssatze insoweit zugestanden werden, als er Aufwendungen dafür gemacht hat. Bei Eintritt des Todes des Kranken während der ärztlichen Tätigkeit, z. B. der Operation, ist dem Arzt ein Anspruch auf die ganze Vergütung zu gewähren, sofern die Verrichtung in ihrem wesentlichen Teil durchgeführt ist.

In besonders liegenden Fällen könnte das Erlöschen des Vertragsverhältnisses durch den Tod des Kranken unzweckmäßig sein. Es liegt z. B. bei einer ansteckenden Krankheit die Notwendigkeit von Desinfektionsmaßregeln vor. Man muß annehmen, daß in solchen Fällen die Hauptverpflichtung des Arztes unter Beschränkung auf die nach Lage der Umstände gebotenen Anordnungen und Maßnahmen weiter besteht. Zu dieser Annahme führt auch die Analogie von § 672 Satz 2 BGB, dessen Anwendung in dem genannten Sinne bei diesen Fällen angemessen erscheint.

c) Der Arztvertrag endet in aller Regel durch den Tod des Arztes, auch wenn nach seinem Inhalt die Vertretung gestattet war. Es kann nicht Sache des Erben sein, für die Aufnahme der Behandlung durch einen andern Arzt zu sorgen. In Anbetracht der wichtigen Interessen, die bei dem Kranken auf dem Spiel stehen können, hat man aber dem Erben unter entsprechender Anwendung von § 673, Satz 2 BGB die Pflicht zur unverzüglichen Anzeige des Todes aufzuerlegen. Eine persönliche Mitteilung an den Kranken wird man in der Regel nicht fordern können. Eine solche ist aber z. B. zu verlangen, wenn der Kranke den Arzt rufen lassen will. Die schuldhafte Verletzung dieser Verpflichtung macht den Erben haftbar.

Bediente sich der Arzt bei der Ausübung seiner Praxis der Mitwirkung eines Assistenzarztes, so kann es zweifelhaft sein, ob das Vertragsverhältnis durch den Tod des Arztes endigt. Man wird es auch in diesen Fällen regelmäßig anzunehmen haben. Steht dem Erben der Assistenzarzt zunächst noch zur Verfügung, so muß die Vorschrift des § 673 Satz 2 BGB in weiterem Umfange als oben zur Anwendung gelangen. Der Erbe hat durch den Assistenzarzt dem Kranken von dem Tod des Arztes unverzüglich Anzeige machen zu lassen und ist dafür verantwortlich, daß er die Behandlung dringender Fälle sachgemäß fortsetzt. Führt der Assistenzarzt darüber hinaus seine Tätigkeit auf Wunsch des Kranken weiter, so kommt regelmäßig ein neuer Vertrag zwischen ihm und dem Kranken zustande. Dabei ist es unerheblich, ob das Honorar dem Assistenzarzt oder auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Verabredung dem Erben zufließt.

d) Der Kranke kann nach § 649 BGB bis zum Abschluß der Behandlung jederzeit kündigen. Der Arzt kann die vereinbarte Vergütung verlangen. Nach der Natur der Sache kann diese Bestimmung

in Anwendung auf den Arztvertrag, bei dem die Höhe der Honorarforderung meist im voraus überhaupt nicht feststellbar ist, nur die Bedeutung haben, daß vom Kranken die bisher ausgeführten sowie die Verrichtungen zu vergüten sind, die von den Vertragsteilen in gegenseitigem Einverständnis unmittelbar in Aussicht genommen sind.[1]) Der Arzt muß sich im letzteren Falle das anrechnen lassen, was er infolge der Endigung des Vertrages und des Ausbleibens der beabsichtigten Verrichtung an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Tätigkeit erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.[2])

e) Das Werkvertragsrecht des BGB kennt ein Kündigungsrecht des Unternehmers nur, wenn der Besteller wegen Unterlassung einer für die Herstellung des Werkes notwendigen Handlung in Annahmeverzug gekommen ist; der Unternehmer kann ihm eine Nachholfrist mit Ansage der Kündigung stellen (§ 643 BGB). Der Vertrag endet dann mit Ablauf der Frist. Der Unternehmer kann einen seiner bisherigen Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der Auslagen verlangen (§ 645 Abs. I BGB). Von dem Erfordernis einer Nachholfrist wird abzusehen sein, wenn der Besteller die Vornahme der Handlung ausdrücklich und bestimmt ablehnt; die Setzung der Frist wäre eine leere Formalität. Nach diesen Regeln kann der Arzt den mit dem Patienten geschlossenen Vertrag aufheben, wenn dieser eine vom Arzt angeordnete, für die sachgemäße Durchführung des Heilverfahrens notwendige Handlung nicht vornimmt oder eine derartige Maßnahme des Arztes nicht duldet. Der Arzt hat in diesem Falle den Anspruch auf das volle Honorar für die bis dahin geleistete Behandlung (§ 645 Abs. I BGB).

f) Eine andere Möglichkeit der Kündigung als die unter d und e geschilderte ist nach dem Werkvertragsrecht des BGB nicht gegeben. Diese Tatsache bildet, wie Lotmar mit Recht hervorhebt, einen Mangel des Gesetzes.[3]) Die geltende Regelung entspricht allerdings in der großen Mehrzahl der Fälle, insbesondere wo es sich um die Herstellung körperlicher Werke handelt, der Interessenlage. Das Gesetz hat aber zweifellos die nach Vertragsrecht zu beurteilenden Rechtsverhältnisse nicht genügend berücksichtigt, bei denen die psychologischen Beziehungen der Parteien eine wesentliche Rolle spielen, und es in besonderem Maße auf ein würdiges persönliches Verhältnis ankommt. Lotmar, der diese Lücke des Gesetzes hinnehmen will, kann nicht beigetreten werden.[4])

[1]) Vgl. Lotmar II, S. 759; G. Rümelin, S. 288.

[2]) Erklärt z. B. eine Frau dem vom Manne zu einer Geburt gerufenen Arzt, sie wolle ihn nicht, und spricht der Ehemann unter diesen Umständen dem Arzt sein Bedauern aus, ihn bemüht zu haben, so ist dieser zur Liquidierung des Honorars für Beistand bei einer Geburt berechtigt. Es muß dem Ehemann überlassen werden, die Umstände für die Minderung des Anspruchs nach § 649, Satz 2 Halbsatz 2, nachzuweisen.

[3]) Lotmar II, S. 905.

[4]) Vgl. gegenüber Lotmar insbesondere G. Rümelin, S. 287 ff., 295 ff.

Das Kündigungsrecht des § 649 BGB bietet dem Kranken zwar die Möglichkeit, das Vertragsverhältnis aus beliebigem Grunde mit sofortiger Wirkung zu lösen. Der Kranke kann dabei aber mit einem Anspruch für eine nicht ausgeführte Maßnahme belastet werden. Darin liegt unter Umständen eine Unbilligkeit. Man nehme den Fall, daß der Kranke Nachteiliges über die Fähigkeit des Arztes zu einer vereinbarten Operation in Erfahrung gebracht, oder dieser sich in ungebührlicher Weise gegen den Kranken benommen hat. Auch kommt in Betracht, daß das Vertrauen des Kranken sachlich für den Erfolg der ärztlichen Tätigkeit von Bedeutung sein kann.

Die praktischen Bedürfnisse erfordern auch auf Seite des Arztes eine weitergehende Kündigungsbefugnis, als sie ihm nach Werkvertragsrecht zusteht.

Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß beim Arztvertrag mindestens ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde nach Analogie von § 626 BGB gelten muß. Es fragt sich, ob darüber hinaus auch die weitergehende Kündigungsbefugnis des § 627 BGB beim Arztvertrag anzunehmen ist. Dies dürfte zu verneinen sein. Die allgemeine Ansicht G. Rümelins, S. 299, die zu einer gegenteiligen Auffassung führen könnte, läßt eine hinreichende Begründung vermissen. Dem Interesse der Kranken wird durch die Kündigungsrechte aus § 649 und § 626 BGB hinreichend Rechnung getragen. Man darf nur entsprechend der Eigenart des Verhältnisses zwischen dem Kranken und dem Arzt nicht von einem schematischen engen Begriff des wichtigen Grundes ausgehen.[1]) Der Arzt aber wird vor unbilligen Schädigungen seines Einkommens geschützt. Ein Arzt hat z. B. einen Kranken mit dessen Einverständnis zu einer eingehenden, länger dauernden Untersuchung bestellt und sich dafür eine besondere Zeit freigehalten. Der Kranke hat auf Rat eines guten Freundes einen andern Arzt aufgesucht, der billiger sei; er teilt dem ersten kurz vor der vereinbarten Zeit mit, daß er sich anders entschlossen habe und auf seine Hilfe verzichten müsse. Es würde an einem inneren Grunde dafür fehlen, dem Arzt unter Berufung auf § 627 BGB jeden Anspruch gegen den Kranken zu versagen.

Noch weniger erscheint das Kündigungsrecht des § 627 BGB auf Seiten des Arztes angebracht. Der Arzt, der von Anfang an eine Krankheit behandelt und deren Verlauf beobachtet hat, ist meist am besten in der Lage, eine richtige sachgemäße Behandlung durchzuführen. Zieht man dazu das vielfache Ineinandergreifen der einer Bekämpfung einer Krankheit dienenden Maßnahmen in Betracht, so läßt sich eine willkürliche Unterbrechung der Behandlung durch den Arzt nicht rechtfertigen. Die Berufung auf das Vertrauensverhältnis reicht hier zur Heranziehung des § 627 BGB ebenfalls nicht aus. Regelmäßig sind die Beziehungen beim Arzt weniger Vertrauenssache als beim Kranken.

[1]) Vgl. G. Rümelin, S. 294.

Durch das Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde allein sind die Interessen des Arztes in hinreichendem Maße geschützt. Der Kranke wird aber davor bewahrt, daß der Arzt, dem er sein Vertrauen geschenkt hat, aus unberechenbarem Grunde seine Tätigkeit einstellt und er gezwungen ist, sich nach anderweitiger Hilfe umzusehen.

Wenn ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt, läßt sich nur bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände feststellen. Eine allgemeine Regel wird sich kaum geben lassen.

Erfolgt diese Kündigung, so ist der Anspruch des Arztes auf Vergütung und Ersatz der Auslagen nach Analogie von § 645 BGB zu bestimmen.[1])

---

1) Siehe G. Rümelin, S. 299.

IV. Die Vertragsverletzungen.

In den folgenden Ausführungen wird von der in den früheren Abschnitten entwickelten Auffassung des Arztvertrages ausgegangen. Bei den zu erörternden Tatbeständen kommen vielfach die Vorschriften über unerlaubte Handlungen in Betracht. Die damit zusammenhängenden Fragen sind ebenfalls zu prüfen. Eine strafrechtliche Würdigung unterbleibt dagegen nach dem Zwecke der Arbeit.

1. Die mangelhafte Vertragserfüllung auf Seiten des Arztes.

a) Die Hauptverpflichtung.

Die Verletzungen der Hauptverpflichtung des Arztes weisen eine große Mannigfaltigkeit auf. Vielgestaltig können die Handlungen sein, die die medizinische Anschauung nicht rechtfertigt, und die Unterlassungen, wo sie Eingreifen gebietet. Verfehlt ist die ärztliche Leistung regelmäßig, wenn sie auf falscher Diagnose beruht; sie ist mangelhaft, wenn ein Eingriff unter vermeidbarer Herbeiführung nachteiliger Wirkungen ausgeführt oder wenn eine zwecklose Maßnahme getroffen oder eine unrichtige Anweisung erteilt wurde. Vertragswidrig handelt der Arzt auch, wenn er zu spät tätig wurde, oder ohne ausdrücklichen Wunsch des Kranken mehr tut als nach den ärztlichen Regeln im Einzelfalle angezeigt ist.

α) Die Beantwortung der Frage, ob im einzelnen Falle objektiv die Leistung des Arztes abwegig ist, bietet vielfach erhebliche Schwierigkeiten. Der Richter muß sich bei seiner Entscheidung auf die gutachtlichen Aeußerungen von Sachverständigen stützen. Deren Aufgabe ist es, ohne wissenschaftliche Engherzigkeit und unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände den Fall zu prüfen und objektiv darzustellen. Für die Behandlung einer Krankheit sind nicht selten mehrere Wege gegeben. Der eine kann von einer wissenschaftlichen Schule als der einzig gangbare bezeichnet werden, eine andere sieht ihn als verfehlt an. In derartigen Streit sollen sich die Gerichte nicht einmischen. Sie sind nicht der Platz für die Austragung wissenschaftlicher Streitigkeiten.[1]) Wo in der Wissenschaft eine Frage ernstlich umstritten ist, darf der Richter nicht Partei ergreifen. Es erscheint aber nicht angängig, darüber hinaus vom Arzt nur die Beachtung derjenigen „Erfahrungssätze der Wissenschaft und Kunst" zu verlangen, „welche einem Systemwechsel nicht unterliegen, welche als

[1]) Rümelin, S. 17.

Naturgesetze und axiomatische Wahrheiten weder von den verschiedenen Schulen, noch von den Anschauungen der Einzelnen geändert oder verschieden angesehen werden können;“ [1]) in sonstigen Fragen soll der Arzt nach dieser Ansicht eine völlig selbstherrliche Stellung besitzen. Derartige Fundamentalgrundsätze sind indessen nur in beschränktem Maße vorhanden. Ihre Beachtung allein schließt das Vorkommen schwerer Verstöße und Irrtümer nicht aus. Es wäre unzulässig, den Arzt gegenüber der Klage des Kranken schlechthin mit dem Einwande durchdringen zu lassen, er habe nach bestem Wissen und Können gehandelt. Das würde einem Schutz der Stümper gleichkommen.[2]) Eine solche Auffassung widerspräche auch regelmäßig dem bei richtiger Würdigung ermittelten Parteiwillen.[3])

Gegen diagnostische Maßnahmen dürfte, wie bereits früher dargelegt wurde, der Vorwurf der Ueberflüssigkeit in rechtlich bedeutsamer Weise im allgemeinen nicht zu erheben sein. Sie werden regelmäßig nur bei unzulänglicher und fehlerhafter Durchführung rechtlich angegriffen werden können (z. B. zu lange Belichtung bei einer Röntgenaufnahme, fehlerhafte Ausführung einer Probeexzision usw.)

Einer besonderen Erwähnung bedarf der ärztliche Versuch.[4]) Es ist klar, daß der ernsten wissenschaftlichen Forschung, der Grundlage des Fortschrittes in der Bekämpfung der Krankheit von keiner Seite Schwierigkeiten bereitet werden dürfen. Ihre Grenze muß die Forschung jedoch an den wohlberechtigten Interessen der Einzelnen finden. Versuche, die ihrer Art nach nicht Behandlung sind, dürfen nicht stattfinden. Der wissenschaftliche Zweck kann sie nicht rechtfertigen. Regelmäßig werden diagnostische und therapeutische Neuerungen von wenigen eingeführt. Ihr Anwendungsgebiet ist zunächst beschränkt. Um ihre Anerkennung wird nicht selten ein wissenschaftlicher Streit bestehen. Hier hat nun der Grundsatz zu gelten, daß noch nicht hinreichend anerkannte

[1]) Art. „Kunstfehler“ in Eulenburgs Enzyklopaedie; vgl. Spinner, Seite 202 ff.

[2]) Rümelin, S. 17, Ebermayer, S. 4.

[3]) Unter diese Betrachtung fallen das sogenannte Naturheilverfahren und andere ähnliche Verfahren nicht. Es handelt sich bei ihnen meist nicht um ein Vorgehen auf medizinisch wissenschaftlicher Grundlage. Die Arbeitsweise des Naturarztes ist nicht zu verwechseln mit der Anwendung physikalischer Heilmethoden bei geeigneten Fällen. Die Dienste, die sich der Kranke leisten läßt, bestehen vielfach in willkürlichen auf irrtümliche Spekulationen zurückzuführenden Prozeduren. Die Kranken wünschen regelmäßig in beabsichtigter Ablehnung der medizinischen Heilverfahren solche Maßregeln. Als vertragswidrig kann das Verfahren eines Naturarztes auch dann nicht angesehen werden, wenn es für Verschlechterungen und sonstige Nachteile ursächlich ist.

Eine gegenteilige Ansicht vertritt offenbar das RG, J. W. 1912, S. 857. Vgl. aber RG. Warn. 1910, Nr. 411. Zum Schutze der Bevölkerung, die dessen bedarf, ist ein Kurpfuschergesetz zu erlassen. Die Heranziehung zivilrechtlichen Schutzes durch erzwungene Vertragsauslegung erscheint nicht richtig.

[4]) Vgl. Kollbronner, S. 109 ff.; Spinner, S. 246 ff.

Neuerungen die theoretisch und gegebenen Falles durch den Tierversuch wohl begründet sind, bei Kranken nur mit deren besonderem Einverständnis angewendet werden dürfen. Der Kranke ist über die Neuartigkeit zu unterrichten. In welcher Weise dies zu geschehen hat, muß dem Ermessen des Arztes überlassen bleiben. Liegen die genannten sachlichen Voraussetzungen vor, und erklärt sich der Kranke oder dessen gesetzlicher Vertreter einverstanden, so kann die technisch gelungene Maßnahme nicht beanstandet werden.

Eine im Sinne der vorstehenden Darlegungen objektiv richtige, mit Einwilligung des Kranken vorgenommene Behandlung ist nicht vertragswidrig, mag ihre Wirkung gut oder schlecht sein.[1])

β) Neben der Frage nach dem Vorliegen einer objektiven Vertragswidrigkeit ist von wesentlicher Bedeutung, ob ein solcher Verstoß verschuldet ist. Schwierigkeiten bietet die Anwendung des Fahrlässigkeitsbegriffes auf ärztliches Handeln.

Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt (§ 276 BGB). Demjenigen soll Fahrlässigkeit zur Last fallen, der im einzelnen Falle die Anforderungen nicht erfüllt, die an ihn als Glied der Gesellschaft im Interesse eines geordneten Verkehrs gestellt werden müssen. Auf die Voraussehbarkeit des widerrechtlichen Erfolges durch den Handelnden kommt es nicht an. Die allgemeine Voraussehbarkeit genügt. Der anzulegende Maßstab ist objektiv.[2]) Außergewöhnliche Sorgfalt und Tüchtigkeit verlangt das Gesetz ebensowenig, wie es eine nachlässige Auffassung der Rechtspflichten gegenüber den Mitmenschen billigt. Es geht von einem notwendigen Durchschnittsmaß an Leistungsfähigkeit und Können aus. Dieses ist nicht für alle Angehörigen eines Berufes oder Standes gleich. Die Mannigfaltigkeit der gesellschaftlichen Verhältnisse fordert eine weitere Einteilung. Nur an Gruppen, deren Angehörige sich in ähnlichen Stellungen befinden, lassen sich ohne Widerspruch mit dem Verkehrsbedürfnis einheitliche Forderungen an Umsicht und Tüchtigkeit stellen. Aus diesem Grunde ist bei einem Spezialarzt ein anderer Maßstab anzulegen als bei einem praktischen Arzte. Auf individuelle Unterschiede kommt es aber nicht an. Die

[1]) Unter den verfehlten ärztlichen Maßnahmen spielt die Gruppe der „Kunstfehler" in der allgemeinen Erörterung eine besondere Rolle. Man versteht darunter „Verstöße gegen die Grundsätze der medizinischen Wissenschaft" (vgl. RG, J. W 1911, S. 449), oder schärfer „das Versagen der ärztlichen Sachverständigentätigkeit" (Rümelin, S. 14). Bei dieser Lehre wird vielfach nicht mit der wünschenswerten Klarheit unterschieden, wann objektiv ein solcher Verstoß vorliegt und welche Rechtsfolgen er nach sich zieht. Die letztere Frage wird verschieden zu beantworten sein, je nachdem ein Verschulden des Arztes vorliegt oder nicht (s. weiter unten). Man mag die Bezeichnung Kunstfehler beibehalten, wird sich aber vor Augen halten müssen, daß sie hauptsächlich ein wissenschaftliches Werturteil bildet, das über juristische Fragen allein keine Auskunft gibt. Die in dieser Abhandlung vertretene Auffassung läßt ein näheres Eingehen auf die Lehre entbehrlich erscheinen.

[2]) Rümelin, das Verschulden in Straf- und Zivilrecht, S. 40 ff., Enneccerus, I § 197.

Gefahr eigener Unzulänglichkeit aus irgend einem Grunde bürdet das Gesetz dem Handelnden auf. Daraus ergibt sich, daß einen Arzt Verschulden trifft, wenn er bei Ausübung seines Berufes nicht verfährt wie ein tüchtiger, gewissenhafter und aufmerksamer Berufsgenosse in seiner Lage handeln würde.[1])

Wie die Frage, ob eine Maßnahme des Arztes objektiv kunstwidrig ist, so wird auch die Frage, ob den Arzt dabei ein Verschulden trifft im wesentlichen nur mit Hilfe von Sachverständigen beantwortet werden können. Der Sachverständige hat sich darüber zu äußern, was in dem gegebenen Fall von einem tüchtigen gewissenhaften Arzt in der konkreten Lage zu erwarten ist. Ist der Fehler derart, daß er von einem solchen Arzt unter den Umständen des gegebenen Falles mit Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre, so ist die Frage nach dem Verschulden zu bejahen. Ein Verschulden wird vorliegen, wenn eine Maßnahme mißlingt, zu deren Durchführung dem Arzt die hinreichende Ausbildung oder die körperliche Fähigkeit (z. B. infolge hochgradiger Kurzsichtigkeit oder augenblicklicher Erkrankung) fehlt, wenn er aus diesen Gründen eine unrichtige Maßnahme trifft oder eine gebotene Anweisung nicht erteilt, wenn er mangels der notwendigen Einrichtung (z. B. bei Fehlen der erforderlichen Instrumente) einen nach der Lage der Dinge angezeigten Eingriff unterläßt, wenn er endlich eine ihm selbst obliegende Handlung dem Kranken oder einem ungeübten Dritten zumutet. Verschulden ist auch anzunehmen, wenn er in schwierigen Fällen ohne die notwendige Unterstützung durch Hilfspersonen oder durch einen andern Arzt vorgeht. Drohende Gefahr mildert in diesen Fällen den anzulegenden Maßstab.

Das technische Mißlingen von Versuchen ist bei Vorhandensein der oben S. 49 f. angeführten Voraussetzungen nur entschuldbar, wenn der Arzt nach seiner wissenschaftlichen Stellung und praktischen Kunstfertigkeit für sachgemäßes Handeln die beste Gewähr bietet.

γ) Aus der Anwendung des Werkvertragsrechtes auf den Arztvertrag folgt an sich, daß der Arzt regelmäßig die Gefahr für die Richtigkeit und Fehlerlosigkeit seiner Maßnahmen trägt. Für eine unterwertige Leistung wendet er, auch ohne daß ihn ein Verschulden trifft, ganz oder teilweise seine Arbeitskraft umsonst auf.[2]) Dieser Satz erleidet nach den gesetzlichen Regeln eine wesentliche Ausnahme. Ist die verfehlte oder mangelhafte Leistung auf irgend ein Verhalten des Kranken zurückzuführen, und kann dem Arzt ein Vorwurf nicht gemacht werden, so behält er den Honoraranspruch. Ob dem Kranken selbst dabei ein Verschulden zur Last fällt oder nicht, ist unerheblich. Dies ergibt der Grundgedanke des § 645 BGB; der Unternehmer soll keine Einbuße erleiden, wenn die Ausführung des Werkes durch Einwirkung des Bestellers beeinträchtigt oder unmöglich gemacht wird.

---

[1]) Vgl. Ebermayer, S. 5 ff.; Rümelin, S. 11 ff.; Kollbrunner, S. 100 ff.; Rabel, S. 10 ff.

[2]) Vgl. Enneccerus I, § 365, I, 1a.

Es ist wohl kaum zu bestreiten, daß diese Rechtslage im allgemeinen sowohl mit den Forderungen der medizinischen Ethik als mit der Billigkeit im Einklang steht. Kein Vernünftiger wird vom Arzt verlangen, daß er heilt. Wohl aber kann man mit Recht die grundsätzliche Forderung aufstellen, daß der Arzt Fehler und Irrtümer vermeidet und sie nicht auf Gefahr des Kranken begeht, soweit sie nicht durch diesen selbst hervorgerufen sind. Wenn auch gewissenhafte und tüchtige Aerzte bei ihren Honorarforderungen diese Grundsätze beachten, so scheint es doch, daß eine verbreitete Verkehrssitte bei unverschuldeten Fehlern und Irrtümern regelmäßig den Anspruch in voller Höhe bestehen läßt. Dieser Verkehrssitte muß bei der Beurteilung der einzelnen Fälle Rechnung getragen werden (§§ 137, 242 BGB). Im Folgenden soll die Rechtslage behandelt werden, wie sie sich aus dem Gesetz ergibt.

aa) Unter den fehlerhaften ärztlichen Maßnahmen, mag ihre Unrichtigkeit in einem Tun oder Unterlassen begründet sein, unterscheiden sich äußerlich zwei Gruppen voneinander. Zu der einen gehören solche Maßnahmen und Ratschläge, die an sich richtig sind, aber fehlerhaft durchgeführt bezw. erteilt werden.[1]) Der Arzt ergreift eine indizierte Maßregel, bei ihrer Ausführung verstößt er aber gegen die Regeln der ärztlichen Kunst. In die andere Gruppe fallen Maßnahmen, die einer ordnungsmäßigen Behandlung des Falles nicht entsprechen. Sie sind nicht indiziert und stehen schon an sich mit den Erfordernissen einer sachgemäßen Behandlung des Falles in Widerspruch. In Betracht kommt hier besonders die Behandlung auf Grund falscher Diagnose.

Liegt nun die Fehlerhaftigkeit der Behandlung darin, daß eine an sich richtige Handlung unter Verstoß gegen die Regeln der Kunst ausgeführt wird, so weist das Werk ohne Zeifel einen Mangel im Sinne des § 633 BGB auf. Fraglich kann aber die Beurteilung der zweiten Gruppe sein. Will man die Anwendung des Mängelrechtes verneinen, da von Mängeln in diesen Fällen nicht mehr gesprochen werden könne, so wird man zu einer Anwendung der §§ 323, 325 BGB gelangen müssen. Zu einem anderen Ergebnis würde dies nicht führen. Auch bei Heranziehung dieser Bestimmungen müßte die Verjährung des Werkvertragsrechtes stattfinden.

Man hat die Ansicht vertreten, die Bestimmungen des Werkvertragsrechtes über die Beseitigung eines Mangels sowie über die Wandelung und Minderung seien auf körperliche Werke zu beschränken; nur der Anspruch auf Schadenersatz solle gewährt werden.[2]) Die Anwendung dieser Vorschriften auf unkörperliche Werke begegnet zweifellos Schwierigkeiten. Das Gesetz gibt indessen keinen Anhaltspunkt für ihren grundsätzlichen Ausschluß. Sie sind soweit anzuwenden, als es

[1]) Der Arzt verordnet z. B. eine richtige Arznei, läßt sie aber zu oft nehmen.

[2]) G. Rümelin, S. 203 ff.

die Natur des Gegenstandes gestattet.[1]) Dies gilt auch für den Arztvertrag. Die Beseitigung eines Mangels (§ 633 BGB) wird allerdings vielfach unmöglich sein (s. unten). Die Wandelung ist zwar denkbar, sie wird indessen für den Kranken kaum je Interesse haben und kann daher außer Betracht bleiben.[2]) Dagegen dürfte vom Standpunkt der hier vertretenen Auffassung des Arztvertrages die Minderung eine nicht unerhebliche Rolle spielen.

Führt der Arzt an sich richtige Maßnahmen fehlerhaft aus, ohne daß ihn dabei ein Verschulden trifft, so stehen dem Kranken nach diesen Grundsätzen die Ansprüche aus den §§ 633, 634 BGB zu. Der Kranke kann zunächst kostenlose Beseitigung des Fehlers verlangen. Es kann sich bei diesem Anspruch nicht um Beseitigung der schädlichen Wirkung eines Fehlgriffes, einer irrtümlichen Maßnahme, eines falschen Rates handeln. Wollte man dies annehmen, so würde der Anspruch auf Fehlerbeseitigung in einen Schadensersatzanspruch verkehrt; dieser ist nur bei Verschulden des Arztes gegeben. Der Fehlgriff der einen motorischen Nerv durchtrennte, kann selbst nicht mehr beseitigt werden. Die Behandlung zur Behebung der Lähmung ist eine Sache für sich. Beachtet man diesen Gesichtspunkt, so dürfte man zu dem Ergebnis gelangen, daß der Anspruch aus § 635 BGB im allgemeinen wohl nur in Frage kommen kann, wenn der Mangel in einer vermeidbaren Unvollständigkeit einer Maßnahme besteht. Bricht z. B. der Arzt bei einer Einspritzung die Nadel ab, so kann ein Recht des Kranken in Frage kommen, die kostenlose Entfernung vom Arzt zu fordern. Ist aber der Fehler infolge unrichtigen Verhaltens des Kranken entstanden, ohne daß den Arzt ein Verschulden trifft, so kann die zur Beseitigung erforderliche Behandlung voll liquidiert werden. Wenn der Arzt an die Beseitigung des Mangels gemahnt ist, so ist der Kranke berechtigt, die Beseitigung auf Kosten des Arztes durch einen andern Arzt vornehmen zu lassen. Der Arzt kann die Beseitigung verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert (§ 633 BGB). Der Aufwand an Arbeit ist mit dem nach der allgemeinen Erfahrung durch sie zu erzielenden Ergebnis in Vergleich zu setzen.

Den Anspruch auf Minderung erhält der Kranke nach erfolgloser Fristsetzung zur Beseitigung eines Fehlers (§ 634 BGB).[3]) Eine

[1]) Staudinger-Rober, § 673 A. 3; Oertmann, § 633, A. 1, a.

[2]) Die Meinung von Meyer a. a. O. S. 40, der Kranke brauche im Falle der Wandelung nicht an den Arzt zu leisten, ist irrig. Aus § 346 Satz 2 BGB ergibt sich der allgemeine Grundsatz, daß bei Leistungen, deren Rückgewähr ihrer Natur nach unmöglich ist, der Wert zurückerstattet werden muß (KRGR § 346, A. 4). Bei den Leistungen des Arztes richtet er sich nach den zum Ansatz gelangenden Gebühren. Die Bestimmung des vom Arzt zu erstattenden Geldbetrages läuft bei unterwertigen Leistungen hier auf ein ähnliches Ergebnis hinaus wie bei der Minderung (s. unten S. 54.)

[3]) Daß es auch für die Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz der Setzung einer Frist bedarf, wird von Lotmar, a. a. O. II, S. 668, verneint; schwerlich mit Recht. —

Fristsetzung ist nicht erforderlich, wenn die Beseitigung unmöglich ist, vom Arzt verweigert wird, oder wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruches durch ein besonderes Interesse des Kranken gerechtfertigt ist. In der Regel wird der erste Fall zutreffen; er liegt auch dann vor, wenn dem Kranken nicht zugemutet werden kann, sich einer weiteren Behandlung durch den gleichen Arzt zu unterwerfen. Zur Behandlung ist die Mitwirkung des Kranken notwendig. Die Beseitigung des Fehlers durch diesen Arzt muß daher in solchen Fällen als unmöglich angesehen werden.[1]) Praktisch dürfte damit das Erfordernis der Fristsetzung im Verhältnis des Kranken zum Arzt in der Regel wegfallen.[2])

Der Anspruch auf Minderung kann gegen den Arzt durch Einrede gegenüber der Honorarforderung oder im Wege der Klage auf teilweise Rückzahlung oder teilweise Aufhebung des Honorars geltend gemacht werden. Das Maß der Herabsetzung der Vergütung richtet sich nach der Höhe der Gebühr für die fehlerhafte Maßnahme; es wird ferner dadurch bestimmt, ob und wieweit die fehlerhaften und etwa auch andere Maßnahmen durch den Mangel für die behandelte Krankheit an sich nutzlos sind. Nicht in Betracht zu ziehen ist, ob und welche anderweitigen Schädigungen im Zusammenhang mit dem Fehlgriff entstanden sind. Die Minderung darf zu keiner Schadensanrechnung führen. Die ärztliche Vergütung erleidet darnach eine Kürzung, die in der Regel nur in einer ganzen oder teilweisen Versagung der Gebühr für die fehlerhafte Verrichtung besteht.[3]) Der Anspruch auf Ersatz der Auslagen wird aber nicht berührt (§ 670 BGB). Wird bei einer Salvarsaneinspritzung in vermeidbarer Weise die Vene verfehlt, ohne daß den Arzt ein Verschulden trifft und dieser Fehler durch das Verhalten des Kranken verursacht wurde, so wird dadurch der Wert der früheren Einspritzung und der sonstigen Syphilisbehandlung nicht beeinträchtigt. Jene Einspritzung selbst ist jedoch nicht nur wertlos, sondern verursacht unter Umständen eine empfindliche Schädigung des Kranken. Im Falle der Minderung wäre unter diesen Umständen das Gesamthonorar um die Gebühr für jene Einspritzung zu kürzen; die Auslagen (Salvarsan, Kosten eines Fuhrwerks) wären aber zu ersetzen. Führt der Arzt eine Operation aus, die den Kranken vor dem Tode rettet, durchschneidet er aber in vermeidbarer Weise einen Nerv mit der Folge einer Lähmung, so kann trotzdem der Wert der Operation meist wohl als nicht oder nur unerheblich gemindert angesehen werden.

Eine wesentliche Erweiterung der Rechte des Kranken tritt ein, wenn der Arzt den Fehler verschuldet hat. Statt der Minderung kann der Kranke Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 635 BGB).

[1]) Vgl. Oertmann, § 634 A. 3 b α.

[2]) Der Vorschrift des § 634 Abs. I Satz 2 BGB dürfte beim Arztvertrag kaum eine Bedeutung zukommen.

[3]) Vgl. Lotmar II, S. 666, A. 2.

Dem Kranken steht ein Anspruch auf Ersatz des gesamten Schadens zu, der mit der verschuldeten fehlerhaften Maßnahme in ursächlichem Zusammenhang steht.[1]) Hiefür gelten die allgemeinen Bestimmungen der §§ 249—252 BGB.[2]) Diese Schadensersatzpflicht ändert sich auch dann nicht, wenn ein Verhalten des Kranken bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, für das ihn keine Schuld trifft.[3]) Liegt eine solche auch auf seiner Seite vor, so bestimmt sich die Ersatzverpflichtung des Arztes nach § 254 BGB.[4]) —

bb) Unterläßt der Arzt bei der Ausführung einer Maßnahme eine gebotene Handlung, so wird darin meist ein Mangel im Sinne des § 633 BGB zu finden sein. Er vergißt z. B. bei einer Anweisung einen wichtigen Punkt, oder er läßt fälschlicher Weise einen zur Operation gebrauchten Fremdkörper in der Wunde zurück, oder einen Verband zu lange liegen.

Eine andere rechtliche Betrachtung fordern die Fälle der Untätigkeit des Arztes. Er sieht nicht rechtzeitig nach dem Kranken oder entfernt sich, ohne die erforderlichen Maßregeln getroffen zu haben.[5]) Ist ein solches Verhalten des Arztes nach der damaligen erkennbaren Lage der Dinge objektiv falsch (vgl. oben S. 48 ff.) und fällt ihm dabei ein Verschulden zur Last, so gerät er in Verzug. Einer Mahnung bedarf es nach der Natur des Rechtsverhältnisses nicht.[6]) Es wäre für das natürliche Empfinden befremdend, wollte man vom Kranken verlangen, daß er den Arzt zum Handeln mahne. Er ist vielfach selbst gar nicht in der Lage zu beurteilen, ob ein Eingreifen des Arztes erforderlich ist. Die Mitteilungen vom Kranken oder dessen Angehörigen, der Zustand habe sich verschlimmert, der Arzt solle kommen, haben lediglich die Bedeutung von Nachrichten über die Lage der Krankheit. Regelmäßig wird der Arzt veranlaßt sein, dem Ruf zu folgen. Sie sind aber keine Mahnungen, der Arzt kommt nicht in Verzug, wenn er schuldlos sein Eingreifen für zur Zeit nicht notwendig halten darf. Der Verzug beginnt in dem Zeitpunkt, wo ein tüchtiger gewissenhafter Arzt unter den gegebenen Umständen tätig werden würde. Dies wird regelmäßig nicht der Zeitpunkt äußerster Gefahr sein. Der Arzt hat allen adäquaten Schaden zu ersetzen, der dem Kranken infolge Ausbleibens der rechtzeitigen Hilfeleistung erwächst (§§ 636 Abs. I, Satz 2, 286 BGB).[7]) Hierher gehören auch die Mehrkosten eines im letzten Augenblick herbeigerufenen Arztes; der in Verzug geratene haftet ferner für den Schaden aus dem fehlerhaften Vorgehen des gerufenen Arztes, wenn es bei

[1]) Vgl. Oertmann, § 635 A. 2 b; Lotmar II, S. 667.
[2]) Siehe dazu besonders Ebermayer, S. 8/10.
[3]) Dies ergiebt sich aus § 645 BGB.
[4]) Siehe zu dieser Frage besonders RG 60, 149 und Ebermayer, S. 11/13.
[5]) Der Unterschied kann im Einzelnen zweifelhaft sein; vgl. Lotmar II, Seite 614.
[6]) von Tuhr I, S. 256; Planck, § 284, A. 6 e β.
[7]) Der Rechtsbehelf des § 636 Abs. I Satz 1 bei unverschuldeter Verzögerung hat hier keine praktische Bedeutung.

seinem eigenen rechtzeitigen Eingreifen mit Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre. Hat der Verzug den Charakter einer Bedingung für die Unausführbarkeit einer zunächst indizierten Maßregel, so hat der Arzt auch für den aus dieser Unmöglichkeit entstehenden adäquaten Schaden aufzukommen (§ 287 Satz 2 BGB). Die gleiche Rechtslage ist gegeben, wenn der Arzt aus einem von ihm zu vertretenden Grunde (z. B. infolge Genusses geistiger Getränke) vorübergehend an der Ausübung seiner Tätigkeit verhindert ist und dadurch ein rechtzeitiges Eingreifen versäumt.[1])

Setzt sich der Arzt durch eigenes Verschulden außer Stande, eine Behandlung durchzuführen, so ist er nach § 325 BGB dem Kranken zum Ersatz des durch die ganze oder teilweise Nichterfüllung des Vertrages entstehenden Schadens verpflichtet.[2]) Meist wird er aber in solchen Fällen den Vertrag abbrechen. Kündigung aus wichtigem Grunde ist auch hier nicht ohne weiteres ausgeschlossen. Vielfach wird die Auflösung des Vertrages durch Vereinbarung zustande kommen. Giebt der Arzt dem Kranken von seiner Verhinderung zur weiteren Behandlung Kenntnis mit dem Anheimstellen, einen anderen Arzt zuzuziehen und ist der Kranke damit einverstanden, so liegt darin nach der allgemeinen Verkehrsanschauung eine solche Vereinbarung.

Die hier erörterten Rechtsfolgen treten nicht ein, wenn dem Arzt infolge eines nicht von ihm zu vertretenden Umstandes die Ausübung seiner Tätigkeit vorübergehend oder ganz unmöglich wird; vgl. oben S. 27 f.

In diesem Zusammenhang bedarf die Frage, ob die Haftbarkeit des Arztes durch Vereinbarung ausgeschlossen werden kann, kurz der Erörterung.[3]) Zunächst kann es keinem Zweifel unterliegen, daß eine Vereinbarung gültig ist, wonach der Kranke auf seine Ansprüche gegen den Arzt bei unverschuldetem Fehler (Beseitigung, Minderung) verzichtet. Es wurde schon darauf hingedeutet, daß der Ausschluß dieser Haftung, besonders soweit es sich um Minderung handelt, entsprechend einer verbreiteten Verkehrssitte sehr häufig angenommen werden muß.[4]) Hiervon ist die Frage zu trennen, ob der Arzt die Schadenshaftung für den Fall seines Verschuldens vertraglich wegbedingen kann. Für Vorsatz ist die Frage einheitlich durch das Gesetz entschieden: § 276 Abs. II BGB. Der vertragliche Haftungsausschluß für Fahrlässigkeit ist grundsätzlich möglich. Gegen eine solche Vereinbarung wird nichts einzuwenden sein, wenn den Arzt dabei ein billigenswertes Streben nach Sicherung vor Nachteilen bei einem schweren Fall oder in sonst schwieriger Lage leitet, der er sich nicht vollständig gewachsen fühlt. Sie verstößt aber gegen

[1]) Vgl. Planck § 280, Erl. 3 a β.

[2]) Die übrigen Ansprüche aus § 325 BGB kommen hier nicht in Betracht.

[3]) Der Verzicht auf schon entstandene Ansprüche ist immer gültig.

[4]) Für die Anwendbarkeit von § 637 BGB beim Arztvertrag ist der Natur der Sache nach wohl nur selten Raum.

die guten Sitten, und ist nach § 138 BGB nichtig, wenn derartige besondere Gründe nicht vorliegen. Namentlich wird dies dann zutreffen, wenn im ärztlichen Großbetrieb allgemein ein solcher Haftungsausschluß bedungen wird.[1]) Ob im Falle der Nichtigkeit der Verabredung des Ausschlusses der Haftung für Fahrlässigkeit der ganze Vertrag nichtig ist, richtet sich nach § 139 BGB. Meist wird dies nicht zutreffen.

δ) Für die Verjährung der sich aus dem Mängelrecht ergebenden Ansprüche des Kranken gelten die §§ 638, 639, 646 BGB. Die Vorschriften müßten auch bei analoger Anwendung der §§ 323, 325 BGB auf die Fälle verfehlter Behandlung infolge vermeidbar unrichtiger Diagnosen usw. Platz greifen. Diese Fälle liegen innerlich mit den andern in der Regel gleich; eine abweichende Behandlung in der Frage der Verjährung erschiene nicht gerechtfertigt. Die Verjährungsfrist dauert regelmäßig sechs Monate; sie beginnt mit dem Abschluß der Behandlung der Krankheit oder, sofern es sich um andere Verrichtungen handelt, mit deren Beendigung. Nach Ablauf dieser Frist ist regelmäßig die im Wege der Klage oder Einrede erfolgende Geltendmachung sowohl der Ansprüche auf Beseitigung eines Fehlers oder Ersatz der dafür gemachten Aufwendungen[2]) sowie auf Minderung, als auch des auf § 635 BGB gestützten Schadensersatzanspruches ausgeschlossen. Hat der Kranke dem Arzt vor Vollendung der Verjährung die Mitteilung gemacht, daß eine bestimmte Maßnahme, die tatsächlich fehlerhaft war, keinen Zweck gehabt habe, oder daß auf eine solche Maßnahme hin in seinem Befinden in bestimmter Richtung eine Verschlechterung eingetreten ist, so kann er auch nach Ablauf der Verjährung die Bezahlung des Honorars insoweit verweigern, als er auf Grund einer Minderung dazu berechtigt wäre; mit einem auf § 635 BGB gestützten Schadensersatzanspruch kann er unter den gleichen Voraussetzungen aufrechnen §§ 478, 479 BGB. Allgemeinen Äußerungen des Kranken an der Behandlung wird man diese Wirkung nicht beilegen dürfen.

Die sechsmonatige Verjährung findet nicht statt, wenn der Arzt den Fehlgriff „arglistig verschwiegen" hat. Voraussetzung dafür ist zunächst, daß der Arzt selbst den Fehlgriff als solchen zweifellos erkannte.[3]) Mit Rücksicht auf das besondere Verhältnis des Arztes zum Kranken dürfte weiter noch zu verlangen sein, daß der Arzt das Vorkommnis dem Kranken in der Absicht verschweigt, sich einem etwaigen Anspruch des Kranken zu entziehen. Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, tritt die regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren ein.

[1]) So mit Recht Rümelin a. a. O. S. 20. Z. T. a. A. Ebermayer S. 16 und Rabel S. 69. Man darf in dieser Frage übrigens nicht allzu engherzig vorgehen aus Sorge, die Auffassung der Aerztewelt über ihre Berufspflichten könnte sinken.

[2]) Vgl. KRGR § 638 A. 1 am Ende. Es handelt sich beim Arztvertrag um die Kosten eines anderen Arztes.

[3]) Vgl. Oertmann, § 443, A. 2 a. E.

Die sechsmonatige Verjährung greift Platz, auch wenn bei ihrem Ablauf die Folgen der fehlerhaften Maßnahme noch nicht oder noch nicht in ganzem Umfange in Erscheinung getreten sind.

Der oben unter γ bb genannte Anspruch unterliegt der gewöhnlichen Verjährung des § 195 BGB.

Man hat gegen die kurze Verjährung beim Arztvertrag den Vorwurf erhoben, daß sie zu übereilten Klagen gegen die Aerzte führen könnte.[1]) Dieses Bedenken erscheint unbegründet. Es ließe sich mit gleichem Recht anführen, daß die lange Verjährung den gerichtlichen Streit der Kranken mit den Aerzten begünstige. Die Auffassung läßt auch außer Acht, daß dem Kranken für die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen noch die Klage aus unerlaubter Handlung zur Verfügung steht (s. unten S. 63 ff.). Für die kurze Verjährung spricht folgende Erwägung. Je weiter das Hervortreten des Schadens vom schadenstiftenden Ereignis abliegt, und je länger die Geltendmachung eines Schadens hinausgeschoben wird, desto größer ist vielfach die Wahrscheinlichkeit, daß besondere in der Person des Geschädigten liegende Umstände die Entstehung des Schadens begünstigt haben. Die Feststellung der Voraussetzungen für die Schadensersatzpflicht wird mit der Zeit schwieriger. Deshalb erscheint es gerechtfertigt, daß der Geschädigte, der nach Ablauf von einem halben Jahr seit Abschluß der Behandlung einen Schaden gegen den Arzt geltend machen will, der vertraglichen Ansprüche und der für ihn hierbei bestehenden Beweiserleichterung verlustig gehen soll (vgl. ε).

ε) Die Frage der Beweislast bei Erhebung von Ansprüchen aus dem Arztvertrag wegen unrichtiger Behandlung ist in der Rechtsprechung nicht eindeutig beantwortet.[2]) Im Schrifttum sind die Auffassungen ebenfalls geteilt.[3]) Eine Ansicht scheint dahin zu gehen, daß der Arzt seine Freiheit von subjektivem Verschulden darzutun habe, wenn er einem im übrigen begründeten Schadensersatzanspruch entgehen will. Die Mehrzahl der Schriftsteller steht aber wohl auf dem Standpunkt, daß der Kranke die ganze Beweislast zu tragen habe.

Zur Begründung des klage- oder einredweise geltend gemachten Anspruchs auf Herabsetzung der Vergütung, hat der Kranke jedenfalls im Einzelnen nachzuweisen, daß das vom Arzt eingeschlagene Verfahren Fehler aufweist oder irrtümlich ist. Dabei trifft ihn auch die Beweislast für das Nichtvorliegen eines der oben S. 20 erörterten zweifelhaften Fälle. Er hat weiter Tatsache und Maß der Wertminderung darzutun. Der Arzt, der das falsche Verfahren auf ein Verhalten des Kranken zurückführen will, hat dies im einzelnen zu beweisen und dabei die Abwesenheit eigenen Verschuldens darzulegen (§ 645 BGB).[4])

[1]) Rabel a. a. O., S. 78.

[2]) Vgl. besonders RG 78, 433 und RG in J. W. 1913, S. 32.

[3]) Kollbrunner S. 93, 95; Rabel, S. 22; Rümelin S. 161; Ebermayer S. 24; Bacherach in J. W. 1915, S. 818.

[4]) Vgl. Oertmann § 645, A. 6.

Erhebt der Kranke einen Anspruch auf Schadenersatz wegen fehlerhafter Maßnahmen oder unrichtigen Verfahrens, so ist die Beweislasterteilung zunächst die gleiche. Der Kranke hat also insbesondere die Fehlerhaftigkeiten oder Unrichtigkeiten des Verfahrens im einzelnen nachzuweisen. Er hat ferner darzulegen, daß zwischen dem einzelnen nachgewiesenen Fehlgriff oder der verfehlten Behandlung und dem den Schaden begründenden körperlichen oder seelischen Zustand ursächlicher Zusammenhang besteht. Dazu hat er die Höhe des Schadens selbst darzutun. Ist dieser Beweis gelungen, so bleibt noch die Frage des Verschuldens. Sie ist dahin zu beantworten, daß bei der auf Vertrag gestützten Schadenersatzklage der Arzt zu beweisen hat, daß er frei von Verschulden ist. Das Vorliegen eines Fehlers spricht beim Arzt solange gegen geübte Sorgfalt, bis der Entlastungsbeweis geführt ist.[1]) Der Arzt hat darzulegen, daß der vom Kranken nachgewiesene schadenstiftende Fehler von einem tüchtigen, gewissenhaften und sorgfältigen Arzt unter den gegebenen äußeren Umständen mit großer Wahrscheinlichkeit ebenfalls gemacht worden wäre. Dem Arzt kann aber niemals der Nachweis obliegen, daß diese oder jene von ihm nicht verschuldete Tatsache für den Schaden ursächlich war. Ist dem Kranken der positive Beweis der Fehlerhaftigkeit einer Maßnahme und des ursächlichen Zusammenhanges mit dem schädigenden Zustand nicht gelungen, so ist sein Anspruch von vorneherein gescheitert. Der Umstand, daß sich im Anschluß an eine Behandlung nachteilige Erscheinungen einstellen, die regelmäßig nicht vorkommen, gibt für sich allein gegen den Arzt keinen Angriffspunkt. Erst bei Nachweis der adäquaten Verursachung durch eine fehlerhafte Maßnahme kommt es für den Arzt entscheidend auf den Beweis seiner Unschuld an. Daß im Prozeß der Kranke aus taktischen Gründen vielfach versuchen wird, auch bei der Vertragsklage das Verschulden des Arztes zu beweisen, während der Arzt bestrebt sein wird, auch die Ursächlichkeit anderer Umstände darzutun, ändert nichts an der geschilderten grundsätzlichen Verteilung der Beweislast.

b) Unter den Nebenverpflichtungen des Arztes ist zunächst die Pflicht zur Erteilung von Auskunft zu nennen. Der Inhalt ist oben S. 23 f. dargelegt worden. Ihre Eigenart gestaltet die Frage nach einer Zuwiderhandlung schwierig. Der körperliche und geistige Zustand des Kranken, die Dringlichkeit eines Eingriffes, sein mutmaßlicher Ausgang verlangen sorgfältige Beachtung.

Die schuldhafte Verletzung der Pflicht begründet eine Schadenersatzpflicht des Arztes. Hat der Arzt den Kranken über den Verlauf einer Krankheit getäuscht und der Kranke deshalb eine ihn schädigende Handlung vorgenommen, oder die Abwendung von Schaden unterlassen, so ist er ersatzpflichtig. Wenn der Arzt die Einwilligung

[1]) Vgl. allgemein KRGR § 276 A. 1; Staudinger-Kuhlenbeck § 282 A. 1; RG 86, 321; 90, 135 und 74, 342.

des Kranken zu einer Operation durch schuldhaftes Verschweigen der Gefährlichkeit erlangt, ist der sachgemäß ausgeführte Eingriff selbst nicht widerrechtlich. Der Arzt haftet aber für einen durch nachteiligen Ausgang der Operation entstandenen Vermögensschaden.

Bei der Bemessung dieses Schadens wird der Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung eingehend zu berücksichtigen sein.

c) Der Arzt ist im Falle seiner schuldlosen Verhinderung verpflichtet, dem Kranken hiervon Anzeige zu machen. Auch die schuldhafte Verletzung dieser Obliegenheit führt zu einer Ersatzpflicht. Sie beschränkt sich auf den Schaden der bei rechtzeitiger Anzeige nach allgemeiner Voraussicht nicht entstanden wäre. Für das Verschulden von Boten haftet der Arzt nach § 278 BGB.

d) Von Wichtigkeit ist endlich noch die Pflicht des Arztes zur Wahrung des Berufsgeheimnisses; ihre Verletzung pflegt zivilrechtlich unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung betrachtet zu werden.[1]) Hier ist die Verletzung der vertraglichen Schweigepflicht zu erörtern. Ihr Inhalt wurde weiter oben zu entwickeln versucht. Die Zuwiderhandlung besteht darin, daß eine dritte Person durch den Arzt schriftlich, mündlich oder durch bildliche Darstellung Kenntnis von den zu bewahrenden Dingen erhält. Von einer Offenbarung kann nicht gesprochen werden, wenn die geheimzuhaltenden Tatsachen so wiedergegeben werden, daß nur im einzelnen bereits Eingeweihte ihre Beziehung zu den betreffenden Personen erkennen können. Eine Verletzung liegt nicht vor in allen Fällen, wo der Kranke die Geheimhaltung nach den früher dargelegten Grundsätzen nicht fordern kann. Im übrigen begründet aber die schuldhafte - vorsätzliche und fahrlässige - - Zuwiderhandlung gegen diese Pflicht einen Anspruch auf Ersatz des durch die Offenbarung entstandenen Schadens. Das Verschulden des Arztes braucht sich auf den Schaden nicht zu beziehen. Es ist zur Begründung der Ersatzpflicht hinreichend, wenn die offenbarende Handlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen ist.

Der Anspruch des Kranken gegen den Arzt ist auf ein Unterlassen gerichtet. Er geht auf Wahrung eines rein persönlichen Interesses und ist daher unübertragbar und unvererblich. Mit dessen Tode geht er regelmäßig unter. Er erlischt nicht, wenn der Kranke gemeinschaftlich mit einem andern den Vertrag geschlossen hat und dieser ihn überlebt, oder wenn seine Behandlung von einem andern vertraglich bedungen war, ohne daß er selbst Rechte erwarb. Ein Fall dieser Art liegt vor, wenn der Vater den Arzt zur Behandlung eines Kindes zuzieht. Das enge persönliche Verhältnis, die gemeinsame Geheimsphäre rechtfertigt ohne weiteres das Fortbestehen der Schweigepflicht auch nach

[1]) Vgl. Rabel S. 42, Kollbrunner S. 118, Spinner S. 482. Die Schadensersatzpflicht wird unter Hinweis auf § 300 StGB, § 823 Abs. II BGB begründet, greift also nur Platz bei vorsätzlicher Uebertretung der Schweigpflicht. Rabel, S. 46, nennt auch § 823 Abs. I. Die rechtlich geschützte Geheimsphäre ist aber kein subjektives Recht.

dem Tode des Kranken. Der rechtliche Schutz Hinterbliebener gegen Bruch des Berufsgeheimnisses durch den Arzt beschränkt sich im übrigen auf § 300 StGB.

Der vertragliche Anspruch kann im Wege der Klage geltend gemacht werden. Bei seiner Natur ist die Klage nur begründet im Falle der Gefahr, daß der Arzt die Verpflichtung zur Geheimhaltung verletzt.[1]) Liegen Umstände vor, die auf eine solche Gefahr schließen lassen, so ist das Rechtsschutzbedürfnis des Kranken anzuerkennen. Der strafrechtliche Schutz des § 300 StGB kann nicht zu seiner Verneinung führen. Zweifellos dürfte dies sein, wenn eine fahrlässige Uebertretung der Schweigepflicht zu befürchten ist. Auch in andern Fällen ist die Klage bei Vorliegen der erwähnten Voraussetzung nicht zu beanstanden. Sie stützt sich auf einen vertraglichen Anspruch; die gleichzeitige Strafdrohung ist kein Rechtsschutzhindernis. Bei der Eigenart des Anspruches, der der rechtlichen Anerkennung entbehren kann, ist auch vielfach ein besonderes Bedürfnis des Kranken denkbar, einer beabsichtigten Offenbarung durch Zivilklage zuvorzukommen.[2])

2. Die mangelhafte Vertragserfüllung auf Seite des Kranken.

Unter den Pflichten des Kranken beansprucht hier nur die Verpflichtung zur Bewahrung des Arztes vor Schäden Interesse. Diese können dem Arzt durch den Kranken unmittelbar zugefügt werden, oder er kann sie infolge mangelhafter Beschaffenheit des Zugangs zu dem Wohnraum des Kranken oder der ihm zur Verfügung gestellten Einrichtungsgegenstände oder durch unvorsichtiges Verhalten der den Arzt empfangenden und ihm behilflichen Personen erleiden. Der Kranke haftet dem Arzt bei jeder vorsätzlichen oder fahrlässigen Uebertretung der Pflicht. Das Verschulden des gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren der Kranke sich zur Erfüllung der Verpflichtung bedient, hat er nach § 278 BGB zu vertreten. Aus der Gruppe der gesetzlichen Vertreter ist die Ehefrau zu erwähnen, zu deren Obliegenheit die Sorge für den gefahrlosen Aufenthalt des Arztes im Hause gehört (§ 1357 BGB).[3]) Als Erfüllungsgehilfen kommen nur die Personen in Frage, die auf Weisung oder mit Billigung des Kranken, seines gesetzlichen Vertreters oder des sonst Verpflichteten tätig sind. Dagegen gehören nicht hieher die Personen, die ohne Wissen oder trotz Widerspruchs des Kranken aus eigenem Antrieb handeln, (zufällig erscheinende Hausgenossen) oder die zu der Verrichtung vom Arzt beauftragt oder von einem Dritten

[1]) Vgl. Gaupp-Stein, Vorbem. IV 2a vor § 253.

[2]) Die Entscheidungen des RG 77, 217; 82, 59; 88, 130; 91, 266 behandeln die Frage der vorbeugenden Unterlassungsklage bei besonderen außervertraglichen Beziehungen der Parteien. Das RG erkennt auch in solchen Fällen bei Vorhandensein eines anderweitig begründeten Rechtsschutzbedürfnisses die Klage an.

[3]) Vgl. Planck § 278 A. 2a.

bestellt sind, z. B. Hausgenossen. Für diese Personen haftet der Kranke auf Grund der vertraglichen Fürsorgepflicht nicht.

Im Einzelnen können erhebliche Schwierigkeiten auftreten. Es wird zunächst vielfach zweifelhaft sein, ob objektiv überhaupt eine Verletzung der Fürsorgepflicht vorliegt. Nicht jede Schädigung des Arztes bei Ausübung seines Berufes hat diese Bedeutung: der Arzt erwirbt z. B. vom Kranken eine ansteckende Krankheit, er verletzt sich bei einer Operation durch Ausgleiten oder Abspringen eines Instrumentes; er kommt bei einer infolge Stromunterbrechung eintretenden Dunkelheit auf der Haustreppe alsbald zu Fall. Von Verletzung der Fürsorgepflicht ist hier regelmäßig keine Rede. Vielfach werden aber durchaus zweifelhafte Grenzfälle vorkommen. Ob gegenständlich eine Verletzung der Pflicht vorliegt, kann nur unter billiger Abwägung aller Umstände nach dem Grundsatze des § 242 BGB bestimmt werden.

Besonders schwierig liegt weiter die Frage des Verschuldens. Daß der Kranke für vorsätzliche Verletzungen haftet, die er dem Arzt zugefügt hat, bedarf keiner Erörterung; es ist gleichgültig, ob er aus böswilligen Beweggründen handelt oder nicht. Er hat auch Fahrlässigkeit zu vertreten; eine Verkehrssitte, die die Annahme eines regelmäßigen Ausschlusses dieser Haftung rechtfertigen könnte, besteht nicht. Wann aber liegt Fahrlässigkeit vor? Den Normaltypus des Kranken bei den einzelnen Krankheiten zu suchen, mit dem das Verhalten des Kranken im einzelnen Fall verglichen werden könnte, dürfte vergebliches Bemühen sein. Es handelt sich um den Verkehr der Kranken mit dem Arzt. Sehr häufig treten für den Kranken plötzlich unerwartete Situationen mannigfacher Art ein; das Verhalten der einzelnen Kranken in Aeußerungen und Bewegungen, besonders bei Zufügung von Schmerz, ist in den meisten Fällen sehr verschieden. Dazu kommt, daß es von dem Vorgehen des Arztes wesentlich beeinflußt werden kann. Während im allgemeinen Verkehr krankhafter Zustand vielfach keinen Grund für die Verneinung zivilrechtlicher Fahrlässigkeit bildet, scheint von der eingehenden Berücksichtigung solchen Zustandes im Verkehr mit dem Arzt nicht abgesehen werden zu können. Es wird sich fragen, was von einem Kranken dieser körperlichen und geistigen Beschaffenheit in der konkreten Lage erwartet werden könnte, ob sein Verhalten in dieser Lage eine „Unart" war. Man wird wohl weitgehend den individuellen Umständen Rechnung zu tragen haben, ohne aber in den subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff hinüber zu geraten. Hat der Arzt einem Diphteriekranken während seiner Tätigkeit das Husten verboten, tut jener es aber in einer nach Lage der Dinge vorwerfbaren Weise doch, so kann er haften, wenn sich der Arzt infolgedessen eine schwere Augenerkrankung zuzieht; dies ist wohl anzunehmen, auch wenn gerade dieser Kranke die Gefahr nicht kennen,

[1]) Zu der sehr zweifelhaften Frage vgl. allgemein Rümelin, das Verschulden in Straf- und Zivilrecht, S. 48 ff.

von ihm aber die ernste Beachtung der erteilten Verhaltungsmaßregel erwartet werden konnte.[1])

In diesem Zusammenhange ist kurz noch die Frage der Haftung des Kranken für unverschuldete Schäden zu erwähnen. Sie wurde bereits früher unter dem Gesichtspunkt der Pflicht zum Ersatz von Aufwendungen betrachtet. Diese Haftung kann natürlich vereinbart sein. Eine solche Vereinbarung kann nach Treu und Glauben aus der Lage der Umstände im Einzelfall geschlossen werden müssen. Es fragt sich aber, ob bei Würdigung des Vertrages unter dem Gesichtspunkte des § 157 BGB ein dahingehender Vertragsinhalt regelmäßig anzunehmen ist. Dies ist zu verneinen, da es an einer entsprechenden Verkehrssitte wohl ganz allgemein fehlt.[1]) Auch in den Fällen der §§ 827, 828 BGB[2]), auf die in § 276 BGB Bezug genommen ist, dürfte nichts anderes gelten. Der Arzt trägt das Risiko. Die Anwendbarkeit von § 829 BGB hängt aber davon ab, inwieweit die Verletzungen der Fürsorgepflicht auch dem Deliktsrecht unterliegen.

Im Prozeß liegt dem Arzte die Beweislast ob für ein vertragswidriges Verhalten des Kranken oder der Personen für die er nach § 178 BGB haftet, sowie für den Schaden. Sache des Kranken oder des sonst Verpflichteten ist, es darzutun, daß er die ungenügende Vertragserfüllung nicht zu vertreten hat.[3]) Ist bestritten, ob der Kranke für eine dritte Person haftet, die den Schaden herbeiführt, so trifft den Arzt die Beweislast.

3. Zusammentreffen von Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung.

Die bisherigen Ausführungen befaßten sich lediglich mit der aus dem Vertrag hervorgehenden Haftung des Arztes und des Kranken. Die Frage der unerlaubten Handlung mußte nur gelegentlich gestreift werden. Inwieweit tritt nun neben die vertragliche Haftung eine solche auf Grund unerlaubter Handlung? Die Frage ist bedeutsam wegen der Hinterbliebenenansprüche (§§ 844, 845 BGB), wegen der Billigkeitshaftung nach § 829 BGB und des Verjährungsrechtes (§ 852 BGB). Während ferner im Falle der Schadenstiftung durch schuldhaftes vertragswidriges Verhalten der Schädiger nur zum Ersatz des tatsächlichen Vermögensschadens verpflichtet ist, sieht die ausschließlich dem Recht der unerlaubten Handlung angehörige Bestimmung des § 847 BGB in gewissen Fällen eine Verpflichtung zum billigen Ausgleich des immateriellen Schadens in Geld vor. Ob diese Bestimmung im Verhältnis zwischen Arzt und Kranken Anwendung findet, ist für beide Teile gleichermaßen von Interesse.

[1]) Vgl. Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden, S. 14, 45.

[2]) Daß der narkotisierte Kranke in den Zustand der Bewußtlosigkeit ohne „Verschulden“ gekommen ist, dürfte selbstverständlich sein.

[3]) Vgl. Planck § 282 A. 2.

Man wird drei Punkte auseinander zu halten haben: wieweit begründet eine Vertragsverletzung zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung; wird bei gleichzeitigem Vorliegen einer Vertragsverletzung und einer unerlaubten Handlung die Geltendmachung der Rechtsfolgen des einen oder andern Tatbestandes ausgeschlossen; wieweit werden endlich im Falle des Nebeneinanderbestehens der Rechtsfolgen von unerlaubter Handlung und Vertragsverletzung die Grundsätze des Deliktsrechtes durch die des Vertragsrechtes beeinflußt und abgeändert.

a) Man versucht eine Grenze zwischen den Tatbeständen der unerlaubten Handlung und der Vertragsverletzung aus dem Begriff der unerlaubten Handlung zu gewinnen. Man lehrt, die unerlaubten Handlungen weisen als wesentliches Merkmal die widerrechtliche Verletzung der allgemeinen das Zusammenleben der Personen beherrschenden Rechtspflichten auf.[1]) Daneben stehen die besonderen aus Verträgen oder ähnlichen Rechtsverhältnissen entspringenden Pflichten zur Achtsamkeit und Obhut, die eben kraft des besonderen Rechtsverhältnisses zwischen den Beteiligten wirksam sind. Diese durch ein Rechtsverhältnis begründeten Pflichten können innerhalb des Kreises jener allgemeinen Rechtspflichten liegen. Dann erfülle ihre Verletzung zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung. Wo aber besondere Rechtspflichten verletzt werden, die ein nicht zugleich durch die allgemeinen Rechtsbeziehungen gespanntes Band zwischen einzelnen Personen bilden, könne eine unerlaubte Handlung nicht vorliegen. In solchem Falle treten deshalb nur die Rechtsfolgen der Verletzung jener besonderen Pflichten ein. Unter den allgemeinen Rechtspflichten versteht diese Lehre zunächst diejenigen, die von jedermann gegenüber dem Nächsten zu beachten sind. Darüber hinaus legt sie aber auch den Charakter einer allgemeinen Rechtspflicht denjenigen Anforderungen bei, die durch das allgemeine Verkehrsbedürfnis und die herrschende Rechtsanschauung an Einzelne in ihrem Verhältnis zu einem unbestimmten, wenn auch beschränktem Personenkreis gestellt werden. So soll derjenige, der einen Verkehr in einem Raum eröffnet, die allgemeine Rechtspflicht haben, für Gefahrlosigkeit des Verkehrs zu sorgen. Insbesondere soll dem Arzt die allgemeine Rechtspflicht obliegen, bei der Behandlung Kranker „Kunstfehler, Verstöße gegen die Grundsätze der medizinischen Wissenschaft zu vermeiden".[2]) Bei solchen Fällen sollen sich daher die Tatbestände der Vertragsverletzung und der unerlaubten Handlung decken.

Eine andere Meinung stellt auf den Inhalt und die Art des Verschuldens ab. Der Tatbestand für eine vertragsmäßige Haftung wegen Verletzung des Körpers sei schon erfüllt bei einem Verschulden,

[1]) Crome, System des bürgerlichen Rechtes Bd. II, § 324, S. 1011, KRGR Vorbem. 1 vor § 823; Fuchs im Recht 1917, S. 151 ff., S. 213 ff.

[2]) RG vom 14. 3. 1911 III 112/10, Seuffert A. Bd. 67, Nr. 58 = J. W. 1911, S. 449; zahlreiche andere höchstrichterliche Entscheidungen sind von der hier geschilderten Auffassung ausgegangen.

das nicht mehr unmittelbar auf den Körperverletzungserfolg bezogen werden könne. Solange es sich nur um Verletzung der besondern vertraglichen Sorgfaltspflichten handele und keine direkte Gefährdung der Körperintegrität stattgefunden habe, soll eine gemilderte Haftung stattfinden, vor allem der Schmerzensgeldanspruch wegfallen. Dagegen trete volle Deliktshaftung ein, sobald ein Verhalten vorliege, dessen die Körperintegrität anderer gefährdender Charakter der Handelnde sich hätte vor Augen halten müssen, oder das gegen ein Schutzgesetz verstoße.[1]) Der Arzt muß den Eintritt eines rechtswidrigen Körperverletzungserfolges im Falle unsachgemäßer Behandlung stets vor Augen haben; diese Auffassung gelangt daher ebenfalls zur Annahme einer unerlaubten Handlung bei kunstwidrigen Maßnahmen des Arztes.

Den geschilderten Auffassungen gegenüber hat der III. Zivilsenat des Reichsgerichts in der Entscheidung vom 13. Oktober 1916 III. 145/16[2]) von dem Versuche abgesehen, zwischen dem Vorliegen bloßer Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung eine Grenze zu ziehen und den Grundsatz aufgestellt: „Immer dann, wenn der Vertrag gerade auch auf Fürsorge für körperliche Gesundheit und Unversehrtheit des Vertragsgegners geht, sei es auf Vornahme von die Gesundheit fördernden Handlungen, sei es auf Unterlassung jedes die Gesundheit gefährdenden Verhaltens, kann es nicht darauf ankommen, ob die Fürsorgepflicht gegenüber dem Vertragsgegner, gleichzeitig auch daneben gegenüber dritten besteht. . . Die allgemeine Rechtspflicht, niemanden körperlich zu verletzen, besteht immer und gegenüber jeder Person, gleichviel ob diese mittels Vertrages oder ohne Vertrag in den Handlungsbereich des Verletzers gekommen ist."

Die oben zuerst dargelegte Lehre ist abzulehnen. Sie geht von einer ungerechtfertigten starren Auffassung des Begriffes der „allgemeinen Rechtspflicht" aus. Das Merkmal der Allgemeinheit bestimmt sie nach den alltäglichen Erfordernissen des Zusammenlebens der Personen im Rechtsstaat und nach der für die Allgemeinheit bedeutsamen Stellung Einzelner (Verkehrseröffnung, Eigenschaft einer Krankenanstalt, eines Arztes). Sie führt zu einer künstlichen durch die Anschauung des Lebens nicht begründeten Unterscheidung. Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb der Besitzer einer schadhaften Kegelbahn, der diese nur einem ganz bestimmten Kreis von Personen vertraglich überläßt, lediglich nach vertraglichen Grundsätzen haften soll, während derselbe Unternehmer den gleichen Personen gegenüber auch nach Deliktsgrundsätzen haftet, wenn der Vertrag die Mitbringung von Gästen offen läßt. Es fehlt ebenso an einem hinreichenden inneren Grund, daß zwar der Unternehmer eines Krankenhauses für Unglücksfälle der

---

[1]) Rümelin S. 32/33.

[2]) RG 88, 433.

Geisteskranken infolge ungenügender Bewachung auch nach Deliktsgrundsätzen ersatzpflichtig ist, ein Privatmann dagegen, der aus besonderen Gründen einen Geisteskranken vertraglich in Pflege nimmt, bei einem solchen Vorkommnis nur auf Grund des Vertrages haften soll.

Die weiter dargelegte Ansicht sucht eine mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein im Einklang stehende Unterscheidung darin zu finden, ob das Verschulden noch auf den Körperverletzungserfolg bezogen werden kann oder nicht. Der Schädiger, den eine größere Mißbilligung trifft, soll auch der schärferen deliktischen Haftung ausgesetzt sein. Die Ansicht erscheint nicht frei von Zweifeln. Soll z. B. der Mann gegenüber einer aus freien Stücken ohne Vertragsverhältnis in seinem Haushalt vorübergehend tätigen Verwandten nicht rechtlich die gleiche Pflicht wegen gefahrloser Beschaffenheit der Einrichtungsgegenstände haben wie gegenüber einer Fremden, oder soll die verwitwete noch nicht volljährige Frau einem gegen den Willen des Vormundes eingestellten Dienstboten grundsätzlich milder haften?

Bei der Beantwortung der Frage wird man davon auszugehen haben, daß die allgemeine Rechtspflicht niemand körperlich zu verletzen, nicht nur ein im allgemeinen geltendes, sondern ein immer und überall wirkendes Gebot darstellt. Jeder, der zu einem Nebenmenschen in irgendwie geartete Beziehungen tritt, hat mit der für die Abwicklung dieser Beziehungen im Verkehr gebotenen Aufmerksamkeit zu sorgen, daß keine rechtlich unbegründete Verletzung des geschützten Gutes beim andern von ihm ausgeht. Dabei ist es gleichgültig, ob der Eintritt der Beziehungen bekannt war oder ob mit ihm gerechnet werden mußte; das Maß der anzuwendenden Achtsamkeit wird durch die Bedürfnisse des Verkehrslebens und durch dieses etwa beherrschende Rechtssätze bestimmt. Besteht ein Band besonderer Rechtsbeziehungen mit Obhutspflichten zwischen einzelnen Personen, so wird im Falle der vertretbaren Verletzung dieser Pflichten mit Körperverletzungserfolg auch der Deliktstatbestand vorliegen. Die allgemeine Rechtspflicht gegenüber dem Nebenmenschen ist nirgends so begrenzt, daß besondere vertragliche Fürsorgepflichten über sie hinausgehen würden. Aus diesen Gründen ist bei den oben erwähnten Beispielen ausnahmslos der Tatbestand einer unerlaubten Handlung neben dem der Vertragsverletzung erfüllt. Für die vorliegende Frage folgt daraus ferner der Satz, daß alle vertragswidrigen schuldhaften ärztlichen Handlungen, die den Körper des Kranken verletzen, unerlaubte Handlungen sind. Der Konstruktion einer allgemeinen Verpflichtung, unsachgemäße Ausübung des Arztberufes zu vermeiden, bedarf es ebensowenig wie bei anderen Berufen. Das gleiche gilt von der Verletzung der Obhutspflicht des Kranken.

Diese Auffassung deckt sich wohl mit dem oben dar-

gelegten Standpunkt des III. Zivilsenats des RG, der in späteren Entscheidungen beibehalten wurde.[1] [2])

b) Grundsätzlich ist hiernach davon auszugehen, daß eine schuldhafte Verletzung vertraglicher Obhutspflichten über Leben, Körper und Gesundheit zugleich Tatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 825 BGB ist. Eine Ansicht will nun hier die Geltendmachung der Rechtsfolgen aus unerlaubter Handlung überhaupt ausschließen. Falle ein Tatbestand unter mehrere Rechtssätze, so sollen nur die Wirkungen des spezielleren Rechtssatzes eintreten. Das Vertragsrecht dränge als das speziellere das Deliktsrecht zurück.[3]) Mögen formal-logische Gründe diese Lehre und ähnliche Auffassungen stützen, die Bedürfnisse des Rechtslebens rechtfertigen sie nicht. Auch im Hinblick auf § 823 Abs. II BGB treten ihr Schwierigkeiten auf. Zureichende im Gesetz selbst liegende Gründe können zu ihrer Begründung nicht in Anspruch genommen werden. Die Berufung auf § 618 Abs. III BGB versagt. Diese Einzelbestimmung erscheint als Ausgangspunkt weitreichender dogmatischer Erörterungen ungeeignet.[4]) Das Gesetz hindert die gleichzeitige Anwendung der Rechtssätze des Vertragsrechtes und des Deliktsrechtes nicht. Sie bestehen nebeneinander.

c) Dieser Grundsatz schließt indessen nicht aus, daß die Deliktshaftung unter der Einwirkung vertraglicher Abmachungen oder besonderer gesetzlicher Bestimmungen eine Abänderung erfahren kann.[5]) Mit Recht führt Rümelin, S. 35, aus, „daß gewisse spezielle Interessenabwägungen, die innerhalb des Vertragsrecht vorgenommen worden sind, die Anwendung des Deliktsrechtes einschränken müssen." Insbesondere gilt dies für das Maß der anzuwendenden Sorgfalt. Wo kraft Gesetzes bei gewissen Rechtsbeziehungen eine besondere Milderung des für die Haftung erforderlichen Verschuldens bestimmt ist, kann nicht wegen einer im gleichen Tatbestand liegenden unerlaubten Handlung der gesetzgeberische Gedanke unbeachtet bleiben. Ebensowenig kann eine gültige

---

[1]) RG 89, 384; 90, 65. Der Widerspruch von Fuchs a. a. O. ist nicht überzeugend.

[2]) Man kann einwenden, daß bei dieser Auffassung der § 618 Abs. III BGB eine Selbstverständlichkeit darstelle. Dies mag sein; es dürfte aber nicht gegen die Richtigkeit der Auffassung sprechen.

[3]) Es handelt sich um die Lehre von der Gesetzeskonkurrenz; vgl. Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß; ferner Oertmann, Vorbem. 5a vor § 823 und A. 7 zu diesem Paragraphen, § 618 A. 5a; von Tuhr I, S. 276—278. — Nach Oertmann „drängt das besondere Vertragsrecht das allgemeine Deliktsrecht wegen aller innerlich mit dem bestehenden Sonderverhältnis zusammenhängenden Handlungen zurück". Indessen erkennt Oertmann auch die Möglichkeit des Nebeneinanderstehens beider Rechte an; er stellt hierbei wesentlich auf den Inhalt des Verschuldens ab. Diese Meinung kommt insofern der oben S. 64/65 angeführten Ansicht nahe.

[4]) Rümelin S. 32, A. 3.

[5]) Vgl. RG 88, 436.

vertragliche Einschränkung der Haftung für Verschulden durch Berufung auf gleichzeitig Platz greifendes Deliktsrecht umgangen werden. Auch bei der Verjährung kann Vertragsrecht einschränkend durchgreifen. Der gesetzgeberische Grund für die Festsetzung einer kurzen Verjährung bei Gewährleistungs- und Ersatzansprüchen aus Verträgen beruht auf einem Verkehrsbedürfnis. Eine rasche Erledigung der Streitigkeiten liegt regelmäßig im Interesse der Vertragsteile und der Allgemeinheit; nach längerer Zeit pflegen erhöhte Schwierigkeiten und Unsicherheiten in der Beweisführung einzutreten. Sind diese Erwägungen auch bei Betrachtung des Einzelfalles unter dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung gerechtfertigt, so findet auch für die deliktischen Ansprüche die gesetzmäßige Verjährung des Vertragsrechtes statt.[1]) Eine Aenderung der Verjährung in diesem Sinne wird auch regelmäßig anzunehmen sein bei gültiger Festsetzung einer Verjährungsfrist durch Parteivereinbarung.

Die Frage, wieweit das Deliktsrecht beim Arztvertrag einzuschränken ist, kann darnach keine erheblichen Schwierigkeiten bieten. Betrachtet man den Vertragsinhalt, so läßt sich ihm zunächst kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dem Geschädigten den Schmerzensgeldanspruch aus § 847 BGB zu versagen. Er steht dem schuldhaft verletzten Arzt ebenso zu, wie dem schuldhaft vertragswidrig behandelten Kranken.[2]) Ein Widerspruch mit der Billigkeit liegt nicht vor. Zweifelhafter ist die Frage der Verjährung. Aber auch hier kann kein hinreichender Grund anerkannt werden, die gewöhnliche Verjährung des § 852 BGB beim deliktischen Anspruch des Verletzten auszuschließen. Bei körperlichen Werken mögen die gesetzgeberischen Erwägungen, die zur Festsetzung der kurzen Verjährung des § 635 BGB führten, auch die kurze Verjährung des deliktischen Anspruches wegen Eigentumsverletzung angebracht erscheinen lassen. Beim Arztvertrag ist die Interessenlage anders als im Verkehr mit den Sachgütern, dessen Bedürfnissen die Bestimmung angepaßt ist. Berechtigte Interessen des Kranken verlangen nicht selten die Möglichkeit, Ansprüche aus schuldhafter Körperschädigung durch Mängel in der Behandlung auch nach Ablauf der kurzen Verjährung des Werkvertragsrechtes noch gerichtlich geltend machen zu können. Auch vom Standpunkt der Allgemeinheit ist die Aufklärung von Fällen schuldhaft unrichtiger Behandlung vielfach erwünscht. Sie darf nicht durch die kurze Verjährung unterbunden werden. Den Arzt aber entlastet die kurze Verjährung von jeder Beweispflicht.

Endlich ist noch der Fall der vertraglichen Milderung der Haftung wegen Verschuldens zu erwähnen (vgl. oben S. 56 f.). Hier ist wie oben ausgeführt wurde, auch für die Haftung aus Delikt eine entsprechende Milderung anzunehmen.

[1]) Vgl. RG 75, 116.

[2]) Der Schmerzensgeldanspruch kann vom Ehemann der verletzten Frau im eigenen Namen gerichtlich geltend gemacht werden; RG 90, 68.

4. Der ärztliche Eingriff ohne Einwilligung.

Der Arzt, der die Behandlung einer Krankheit übernimmt, darf mit dem Willen des Kranken oder seines gesetzlichen Vertreters rechnen, sich seinen Anordnungen und Maßnahmen zu unterwerfen. Die Willensrichtung des Kranken stimmt damit in aller Regel überein. Hierin liegt ein Bestandteil der beim Abschluß des Vertrages normalerweise vorhandenen inneren Tatsachengesamtheit. Davon ist der Willensakt zu unterscheiden, der dem Arzt die Möglichkeit der Einwirkung auf den Körper gewährt. Die allgemeinen rechtlichen und sittlichen Anschauungen über die Freiheit des Einzelnen führen zu dem Schlusse, daß alle die Körperintegrität berührenden ärztlichen Maßnahmen im Einzelnen die Billigung des Kranken zur Voraussetzung haben. Dieser Satz hat aber nicht den Sinn, daß der Arzt in jedem Falle, wo er in Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten auf den Körper einwirkt, sich zuerst der ausdrücklichen Zustimmung des Kranken versichern müßte. Er hat dem Kranken nur die Möglichkeit zu geben, einen ablehnenden Willen kundzutun. Dies geschieht durch die ordnungsmäßige Erteilung der Anweisungen und Ratschläge und durch die richtige Erfüllung der Aufklärungspflicht. Hat der Arzt diese Regel beachtet, so hindert ihn rechtlich nur eine von vornherein ablehnende Haltung des Kranken an der Durchführung der gebotenen Maßnahmen.[1]) Dabei ist aber folgendes zu beachten: wenn bei dem Kranken ein Eingriff vorgenommen wird, ohne daß er Gelegenheit zur Willensbildung erhielt (Vorspiegelung eines andersartigen Eingriffes, Narkotisierung unter irgend einem Vorwand oder im Schlaf), so wird sich der Arzt die gleiche Behandlung gefallen lassen müssen, wie wenn er bei entgegenstehendem Willen vorgegangen wäre.[2])

Verhält sich ein Geschäfts- und Willensfähiger ablehnend gegen einen ärztlichen Eingriff, so ist er widerrechtlich.[3]) Er wird durch keinen allgemeinen Rechtssatz gedeckt.[4]) Dies ist wohl allgemein anerkannt.

---

[1]) Vgl. Hellwig, S. 22/23.

[2]) Wenn der Kranke in dem oben bezeichneten Sinne den Eingriff eines Arztes billigt oder gewähren läßt, so dürfte dies in aller Regel nur die Bedeutung der Eröffnung des Zuganges in die rechtlich geschützte Sphäre haben. Eine präsumtive Anerkennung der Maßnahmen nach ihrer qualitativen Seite liegt darin nicht. Der sachliche Mißbrauch der dem Arzt gewordenen Freiheit, von deren quantitativer Ueberschreitung hier ganz abgesehen, ist widerrechtlich. Er widerspricht dem regelmäßigen Vertragsinhalt und verstößt gegen die allgemeine Rechtspflicht, niemand ohne rechtfertigenden Grund körperlich zu verletzen. Inwieweit die Zustimmung zu einem dem Parteiwillen entsprechenden nach der allgemeinen Auffassung aber als solcher Mißbrauch sich darstellenden Handeln (z. B. Kurpfuscherbehandlung) die Widerrechtlichkeit zu beseitigen vermag, ist eine schwierige, hier nicht zu prüfende Frage (s. oben S. 49 A. 3). Vgl. Rümelin, Seite 26 ff

[3]) Rümelin, S. 29; Spinner, S. 227, 238.

[4]) Ausnahmen können bei Kranken, die sich in Strafanstalten befinden, vorkommen; ferner kraft besonderer gesetzlicher Bestimmungen oder kraft Polizeirechts im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

Bestritten ist aber, welches Rechtsgut als verletzt anzusehen ist.[1]) Ein Teil der Schriftsteller unterscheidet zwischen sachgemäßem und unsachgemäßem Eingriff und will den sachgemäßen als Freiheitsdelikt betrachten. Die Verschiedenheit der Meinungen beruht wohl vorwiegend auf moralischen Erwägungen. Der mißbilligende Sinn, der mit dem Worte Körperverletzung im allgemeinen verbunden wird, haftet dem Wortlaut des Gesetzes nicht mit Notwendigkeit an. Es ist kein hinlänglicher Grund vorhanden, den ärztlichen Eingriff am Kranken diesem Begriff nicht unterzuordnen. Beim unsachgemäßen ärztlichen Eingriff besteht hierüber kein Zweifel. Die Frage ist für das Gebiet des Zivilrechtes indessen praktisch ohne Belang; denn die sachgemäße wie die fehlerhafte Behandlung berührt jedenfalls eines der durch § 823 BGB geschützten Rechtsgüter.

Der Arzt, der einen Eingriff beim Kranken gegen dessen Willen schuldhaft[2]) vornimmt, ist nach § 823 BGB zum Ersatze des Vermögensschadens und nach § 847 BGB zur Leistung von Schmerzensgeld verpflichtet. Diese Rechtsfolgen knüpfen sich sowohl an den kunstwidrigen wie an den kunstgerechten Eingriff. Bei letzterem wird aber ganz besonders die Frage der Vorteilsausgleichung zu erwägen sein.[3]) Es ist zu prüfen, ob nicht der durch eine gelungene Operation für den Augenblick entstandene Schaden ganz oder teilweise durch die Vermögensvorteile aufgewogen wird, die dem Kranken etwa durch Wiedererlangung seiner Arbeitskraft zufließen. Dem Richter eröffnet § 287 ZPO die Möglichkeit, unter Umständen zu einer Abweisung der Schadensersatzklage zu gelangen. Einer besonderen Würdigung nach dem Grundsatze der Billigkeit bedarf der Schmerzensgeldanspruch. Hat der Eingriff des Arztes den Kranken von langem körperlichem Ungemach befreit, so erscheint es unbillig, einen Geldbetrag wegen des durch den Eingriff selbst verursachten oder während der Heilung sich einstellenden möglicherweise geringen Schmerzgefühls oder Unbehagens zuzuerkennen. Nach Lage des Einzelfalles ist ein solcher Anspruch zu versagen, wenn das Gebot der Billigkeit dies fordert.[4])

Bei Personen, die geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, verlangt die herrschende Meinung zu Eingriffen von einiger Erheblichkeit (namentlich Operationen) eine besondere Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.[5]) Es soll nicht darauf ankommen, ob der Arzt bei einem leichteren Eingriff einen hinreichend urteilsfähigen Kranken, etwa einen zwanzigjährigen Studenten der Medizin, sich

[1]) Vgl. Spinner, S. 237 ff., 190 ff. Vgl. auch RGSt 25, 375 und RG 68, 431.

[2]) Das Verschulden fehlt in diesen Fällen besonders bei entschuldbarem Irrtum über die Willensrichtung des Kranken. Ist der Eingriff sachgemäß, so hat der Arzt dann den Honoraranspruch.

[3]) Vgl. Oertmann, Vorbem. 5c vor § 249; RG 80, 160.

[4]) Siehe Rümelin, S. 28.

[5]) Vgl. RGSt 25, 375; RG 68, 431.

gegenüber hat. Diese Ansicht, die nicht im Boden der Anschauungen des Lebens wurzelt, kann nicht geteilt werden. Sie beruht auf einer unrichtigen Auffassung der Rechtsnatur der jeweils für den Eingriff erforderlichen Billigung des Kranken. Diese dürfte entgegen der herrschenden Meinung nicht als rechtsgeschäftliche Willenserklärung angesehen werden können.[1]) Sie ist eine der Rechtsgeschäftsnatur entbehrende Rechtshandlung. Die Regeln über Willenserklärungen und die Regel des § 107 BGB werden höchstens im Wege der Analogie heranzuziehen sein. Die Bestimmungen des Familienrechtes stützen die h. L. nicht. Die Vorschrift, daß der gesetzliche Vertreter für die Person des Minderjährigen zu sorgen hat, hat zwar die positive Bedeutung, daß der reifere Wille des Vertreters dem Willen des Minderjährigen vorgeht, wenn dessen Wohl in Frage steht. Dagegen kann ihr nicht der negative Sinn beigelegt werden, daß jede Verfügung eines Minderjährigen über seine Körperintegrität ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedeutungslos ist.

Eine Ansicht, die die Ergebnisse der h. L. zu vermeiden sucht, will nun lediglich darauf abstellen, ob „der Minderjährige in der Lage gewesen ist, die Ersprießlichkeit des Eingriffes selbst zu ermessen.“ [2]) Verneinenden Falls soll die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich sein.[3]) Wer soll dies aber beurteilen? Es gibt zweifellos eine Reihe schwerer Eingriffe, bei denen es, abgesehen von Gefahr im Verzuge, als Pflicht des Arztes betrachtet werden muß, sich über den Willen des gesetzlichen Vertreters zu vergewissern. Dieses objektive Moment erscheint bei dieser Meinung nicht hinreichend berücksichtigt.

Man wird richtiger Weise die allgemeine Lebensanschauung in den Vordergrund zu rücken haben. Diese berücksichtigt zunächst die Reife im konkreten Fall. Ferner muß auch gefragt werden, ob nach der Auffassung des Lebens jugendlichen Personen derartige Entscheidungen grundsätzlich anvertraut werden können. Werden diese beiden Gesichtspunkte im einzelnen Fall bejaht, so kann eine analoge Anwendbarkeit des § 107 BGB nicht in Betracht kommen. Die Einwilligung des Minderjährigen genügt.[4]) Zur Bekämpfung dieser Auffassung kann

[1]) KRGR § 106 A. 2; vgl. auch Staudinger § 107 Erl. 7. Dagegen Planck, § 107 A. I 4; Oertmann, § 823 A. 7 d, e.

[2]) KRGR § 106 A. 2.

[3]) Vgl. zu dieser Frage auch RGSt 41, 395 f. — RG in J. W. 1911, S. 748 zieht zwar auch diese Auffassung in Betracht, erklärt aber, man müsse mit Rücksicht auf die elterliche Gewalt und bei der schwerwiegenden Bedeutung einer solchen Einwilligung gleichfalls zu dem Ergebnis kommen, daß eine Operation ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters objektiv rechtswidrig sei. Der erste Einwand kann aus dem im Text angeführten Grunde nicht anerkannt werden. Der zweite ist aber lediglich quaestio facti und nicht geeignet, einen allgemeinen Grundsatz zu stützen.

[4]) Eine andere Frage ist, ob der Arzt in solchem Falle einen Honoraranspruch hat. Ihre Beantwortung wird in erster Linie davon abhängen, ob ein wirksamer Vertrag geschlossen wurde.

auf die Unsicherheit der Abgrenzung hingewiesen werden; die immerhin möglichen, wenn auch leicht überschätzten Schwierigkeiten sind nicht zu leugnen. Diese Schwierigkeiten, die sich auf derartigen Gebieten nicht umgehen lassen, wiegen aber leicht gegenüber den Nachteilen, die durch den Widerspruch der herrschenden Meinung mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein und den praktischen Lebensverhältnissen entstehen.

Während der Arztvertrag gültig nur durch den mit der Sorge für das Vermögen betrauten gesetzlichen Vertreter oder mit dessen Zustimmung abgeschlossen werden kann, dürfte in den Fällen, wo wegen nicht genügender Urteilsfähigkeit des Minderjährigen oder Schwere des Falles der § 107 BGB analog anzuwenden ist, grundsätzlich die Einwilligung des Trägers der Personenfürsorge erforderlich und ausreichend sein.

Zwei Fragen mögen noch erwähnt werden, die häufig Gegenstand der Erörterung sind. Zunächst kann es Fälle geben, in denen dem Arzt die Benachrichtigung des Kranken über die Erforderlichkeit einer Maßnahme, insbesondere eines operativen Eingriffes nicht möglich ist, die Verschiebung aber eine erhebliche Gefahr mit sich bringen würde. Es kann nach der in dieser Abhandlung entwickelten Auffassung keinem Zweifel unterliegen, daß der Arzt zur Vornahme berechtigt ist. Selbst wenn man den allgemeinen Vertragswillen des Kranken zur Rechtfertigung des Arztes in solchen Fällen nicht für genügend halten sollte, so würde doch eine ergänzende Beurteilung des Vertrages nach § 157 BGB zum gleichen Ergebnis führen müssen. Denn von besonderen Umständen abgesehen, die immerhin vorliegen können, ist regelmäßig anzunehmen, daß der Kranke für den Fall der Gefahr dem Arzt die besondere Befugnis einräumen würde, die zur Abwehr notwendige Maßregel zu treffen. Ferner ist die Frage zweifelhaft, ob der Arzt berechtigt ist, an einem nicht voll Geschäftsfähigen, der nicht selbst in der Lage ist, die Einwilligung zu erteilen im Falle der dringenden Gefahr *gegen* den Willen des gesetzlichen Vertreters eine Behandlung vorzunehmen. Eine allgemeine Beantwortung dieser Frage wird sich nicht geben lassen. Es wird zunächst darauf ankommen, ob eine andere mit der Sorge für die Person des Kindes betraute Person (bei widerstrebendem Vater etwa die Mutter) mit dem Eingriff einverstanden ist. Trifft dies zu, so muß der Eingriff als zulässig erachtet werden. Eine mißbräuchliche Anwendung des väterlichen Rechtes durch Versagung der Einwilligung zu einem Eingriff muß die Bestimmung des § 1634 BGB zu Gunsten der Mutter zurücktreten lassen, wenn ein Notstand vorliegt und die Anrufung des Vormundschaftsgerichtes wegen der Eile nicht mehr möglich ist (vgl. § 1666 BGB). Die familienrechtlichen Beziehungen beherrscht der Grundsatz, daß mißbräuchliche, willkürliche Ausübung dieser Rechte unstatthaft ist.[1]) Selbst bei gutem Willen des Vaters liegt ein Mißbrauch vor, wenn er trotz

[1]) Vgl. KRGR § 1634 A. 1 und 2.

Belehrung auf seinem ablehnenden Standpunkt beharrt. Man wird ferner einen Eingriff für erlaubt halten müssen, wenn der Kranke sich in der Obhut und Pflege des Arztes etwa in einer von ihm geleiteten Anstalt befindet; dadurch, daß der Kranke gänzlich dem Wirkungskreis des Arztes anvertraut ist, trägt dieser eine erhöhte Verantwortung für ihn. Die Beziehungen zwischen beiden sind menschlich enger. Daraus rechtfertigt sich, daß der Arzt bei dringender Gefahr unter Außerachtlassung einer mißbräuchlichen Rechtsausübung des gesetzlichen Vertreters zu ihrer Abwehr schreitet.[1]) Darüber hinaus wird man durch eine sorgfältig abwägende entsprechende Anwendung der in § 679 BGB enthaltenen Rechtsregel zur Vermeidung unbilliger Folgen für einen Arzt gelangen müssen, der einem der pflichtvergessenen Willkür des Gewalthabers ausgesetzten Kinde beispringt.[2])

5. Die Haftung für Vertreter und Hilfspersonen.

Der ärztliche Sprachgebrauch bezeichnet als Vertreter die medizinisch wissenschaftlich ausgebildeten Personen, die an Stelle des Arztes für eine bestimmte Zeit seine ganze Praxis oder einen Teil davon besorgen. Darin liegt nach diesem Sprachgebrauch im allgemeinen der Unterschied von den Assistenten, die zwar ebenfalls selbständig tätig sind, meist aber nur zur Entlastung des Arztes gleichzeitig mit ihm arbeiten. Als Gehilfen (Personal) endlich werden nicht oder nicht voll ausgebildete Personen betrachtet, die den Arzt bei seiner Tätigkeit durch äußerliche Dienste unterstützen. Die Unterscheidung entspricht natürlich keiner juristischen Begriffsbildung. Der Assistent wird in aller Regel unter die juristische Kategorie der Erfüllungsgehilfen fallen. Aus praktischen Gründen erscheint aber die Beachtung dieser Unterscheidung angebracht.

a) Die Zuziehung von Hilfspersonen der letzterwähnten Art (Personal), deren Stellung bereits früher behandelt wurde, ist allgemein als statthaft anzunehmen. Den Wünschen des Kranken in persönlicher Hinsicht wird der Arzt nach Möglichkeit Rechnung zu tragen haben. Es wird daher in den seltensten Fällen vorkommen, daß bereits ihre Zuziehung vertragswidrig ist. Für sorgfältige Auswahl und Beaufsichtigung ist der Arzt nach allgemeinen Grundsätzen verantwortlich; eigenes Verschulden hiebei hat er stets zu vertreten. Er haftet für das Verschulden dieser Personen nach § 278 BGB, soweit er sich ihrer zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient.[3]) Die Haftung erstreckt sich auf alle Handlungen,

[1]) Aehnlich bis dahin Rabel S. 33.

[2]) Vgl. Zittelmann a. a. O. S. 16; dazu aber besonders Ebermayer, S. 49; ferner RG in J. W. 1911, S. 748.

[3]) Dies gilt auch für die Nebenpflichten (Planck § 278 A. 1b) mit Ausnahme der Schweigepflicht. Denn die Unterlassung von Mitteilungen, zu der der Arzt verpflichtet ist, gehört nicht zur Tätigkeit des Gehilfen als solchem. Es kann sich aber als Sinn des Vertrages ergeben, daß der Arzt die Haftung für das Schweigen der Gehilfen, denen unter Umständen gewisse Dinge anvertraut werden müssen, übernimmt (z. B. Verantwortlichkeit des Inhabers eines Krankenhauses für das Schweigen des Wartepersonals).

für die er selbst aus dem Vertrag haften würde.[1]) Erforderlich ist also ein schuldhaftes Verhalten des Gehilfen, das in innerem sachlichem Zusammenhang mit den vertraglichen Obliegenheiten des Arztes steht. Ein Anspruch des Kranken aus § 831 BGB kann konkurrieren, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen.[2])

Vielfach zieht der Kranke zu seiner Wartung und Pflege besonders geschulte Personen bei (Krankenwärter, Schwestern, Hebammen). Diese sind in der selbständigen Ausführung kleinerer ärztlicher Verrichtungen ausgebildet, die der Kranke oder dessen Hausgenossen regelmäßig nicht würden vornehmen können; sie würden dem Arzt daher selbst obliegen. Ist eine solche Hilfsperson für den Kranken tätig, so fallen jene Verrichtungen außerhalb des Kreises der vom Arzt persönlich auszuführenden Handlungen, und die vom Arzt zu treffenden Maßnahmen erschöpfen sich insoweit in der ordentlichen Unterweisung und Anleitung der genannten Personen. Hat der Arzt dies getan, so hat er seiner vertraglichen Pflicht genügt. Für eine unrichtige Ausführung der ordnungsmäßig erteilten Weisungen haftet er ebensowenig, wie für falsche Befolgung des ärztlichen Rates durch den Kranken selbst. Eine Haftung des Arztes ist nur dann anzunehmen, wenn er die vom Kranken für sich angestellte Hilfsperson mit Aufgaben betraut, die außerhalb des Rahmens ihrer regelmäßigen Obliegenheiten fallen, oder wenn er sie zur Unterstützung bei eigenen Maßnahmen heranzieht.[3])

Für Assistenten, die als Gehilfen den Arzt bei der Durchführung von Maßregeln unterstützen, haftet er nach den gleichen Grundsätzen.

b) Die Frage der Zulässigkeit einer Uebertragung der ganzen Behandlung oder eines Teiles an einen dritten ist nach dem ausdrücklich bekundeten oder aus den Umständen des Falles zu entnehmenden Parteiwillen zu entscheiden. Die Haftpflicht des Arztes ist bei Statthaftigkeit oder Unzulässigkeit der Uebertragung verschieden.

α) Fälle unzulässiger Uebertragung der Behandlung liegen vor, wenn der Arzt eine Operation an einem in Narkose liegenden Kranken durch einen andern vornehmen läßt, oder wenn er die Behandlung eines Minderjährigen oder Entmündigten einem andern überträgt, trotzdem er zu persönlicher Leistung verpflichtet ist. Das Gleiche muß angenommen werden, wenn der Arzt persönlich zu einem dringend

---

[1]) Planck, § 278 A. 1b.

[2]) Für Handlungen des Gehilfen, die nicht als Vertragsverletzungen anzusehen sind, kann der Arzt nach § 823 BGB haftbar sein, z. B. bei bewußter Verwendung eines diebischen Heilgehilfen.

[3]) Vgl. den Fall, wo der Arzt einer Hebamme ein Desinfektionsmittel zur Bereitung einer Lösung einhändigte. Diese gab es in der Annahme, es handle sich um ein Wehenmittel, der Kreißenden ein (Ebermayer, S. 45). Hier lag zwar Fahrlässigkeit des Arztes vor. Seine zivilrechtliche Haftbarkeit wäre aber gegeben gewesen, selbst wenn ihn persönlich kein Verschulden getroffen hätte.

ärztlicher Hilfe bedürftigen Schwerkranken gerufen wird und ohne sich Vertretung vorbehalten zu haben, trotz der Möglichkeit selbst zu erscheinen, einen Assistenten oder einen andern Arzt entsendet. Darin, daß der Kranke oder dessen Gewalthaber das Eingreifen des Vertreters zuläßt, kann eine Zustimmung zur Vertretung ohne Weiteres nicht gefunden werden. In diesen Fällen ist schon die Verwendung des Assistenten oder des Vertreters pflichtwidrig. Trifft den Arzt deswegen ein Verschulden, so haftet er für allen adäquat damit zusammenhängenden Schaden. Dabei ist es unerheblich, ob dem beauftragten Arzt ein vorwerfbares Verhalten zur Last fällt. Es ist lediglich zu prüfen, ob der Schaden bei pflichtgemäßem persönlichem Eingreifen vermieden worden wäre.[1])

Zur Entbindung von der Verpflichtung zur persönlichen Behandlung bedarf es einer besonderen Vereinbarung. Kommt eine solche nicht zustande, so bleibt dem Arzt zur Vermeidung von Rechtsnachteilen nur die Kündigung des Vertrages übrig. Diese ist, wie früher dargelegt wurde, aus wichtigem Grunde nach Analogie des § 626 BGB jederzeit zulässig.

β) Bei Zulässigkeit der Uebertragung der Behandlung ist zu prüfen, ob der verwendete Arzt nach Art eines Assistenten neben dem Verpflichteten tätig ist und zugleich oder abwechslungsweise mit ihm einen Fall behandelt, oder ob diesem Arzt die selbständige Besorgung der Praxis oder eines Teils davon für bestimmte Zeit übertragen ist. Im ersten Falle haftet der verpflichtete Arzt nach § 278 BGB; es gelten die oben unter a dargelegten Grundsätze. Im zweiten Fall kommt diese Haftung regelmäßig nicht in Frage; sie würde eine ungerechtfertigt schwere Belastung des Arztes bedeuten und kann nicht angenommen werden, wenn nicht ganz besondere Umstände dafür sprechen. Hier greift der in § 664 Abs. I Satz 2 BGB enthaltene Rechtssatz Platz.[2]) Vertraut der Arzt für bestimmte oder unbestimmte Zeit seine Praxis einem von ihm bestellten Vertreter an, so steht er nicht für die Fehler ein, die der Vertreter bei der Weiterbehandlung der ihm übergebenen Krankheitsfälle oder bei neuen Fällen macht. Der Arzt ist aber für die Auswahl des Vertreters und für die Unterweisung über die von ihm zu übernehmenden Fälle verantwortlich; er haftet für den Schaden, der aus schuldhafter Vernachlässigung der in dieser Beziehung gebotenen Sorgfalt für den Kranken entsteht. Die Kranken werden den ihnen fremden Arzt vielfach nur deshalb beibehalten und ihn aufsuchen, weil sie zu dem von ihm vertretenen, ihnen bekannten Arzt das Zutrauen haben, daß er keinen Stümper zu seinem Vertreter bestellt hat. — Auch hier kann ein Anspruch des Kranken aus § 831 BGB konkurrieren.

[1]) Ebermayer, S. 28. Planck § 278 A. 2b.

[2]) Vgl. RG 78, 313.

Rechtlich anders zu beurteilen ist der Fall, wenn der Arzt an der Ausübung der Praxis etwa durch Krankheit verhindert ist, oder vor Antritt einer Reise auf Grund einer Vereinbarung mit dem Kranken oder einer Kündigung seine Tätigkeit einstellt und dabei dem Kranken einen am Orte oder in der Nähe wohnenden, eine eigene Praxis betreibenden andern Arzt als seinen Vertreter benennt. Hierin liegt im allgemeinen nur ein empfehlender Hinweis. An dieser Sachlage würde auch der Umstand nichts ändern, daß der Kollege in den Räumlichkeiten des Arztes Sprechstunde abzuhalten berechtigt wäre. Regelmäßig schließt der vertretende Arzt hier mit dem Kranken einen neuen Vertrag; er kann deshalb auch die Vergütung für seine Behandlung unmittelbar von diesem fordern. Es handelt sich lediglich um eine Empfehlung, die den Arzt nicht verpflichtet.[1])

---

[1]) Vgl. Ebermayer S. 28.

C. Ueber die Rechtsbeziehungen zwischen dem Kassenarzt und dem Kassenkranken.

Die Krankenkassen gewähren nach § 182 RVO ihren Mitgliedern von Beginn der Krankeit ab Krankenpflege; sie umfaßt ärztliche Behandlung und Versorgung mit Heilmitteln. Um diese Aufgabe erfüllen zu können, haben die Kassen grundsätzlich sich Aerzte zu verpflichten; die Beziehungen zwischen beiden werden durch schriftlichen Vertrag geregelt (§ 368 RVO). Ist eine Kasse allerdings nicht in der Lage auf diesem Wege die ärztliche Versorgung ausreichend sicher zu stellen, so wird sie ermächtigt, ihren Mitgliedern ein erhöhtes Krankengeld zu gewähren; diese haben sich in solchem Falle die erforderliche ärztliche Hilfe selbst zu verschaffen. Die Verträge zwischen den Kassen und den Aerzten sind Dienstverträge. Der Arzt verpflichtet sich, seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Die Verpflichtung der Kasse geht jedenfalls auf Gewährung von Einkommen.

Es fragt sich, ob der Arzt in besondere Rechtsbeziehungen zu einem Kranken tritt, den er auf Grund eines solchen Vertrages behandelt, und welchen Umfang sie bejahenden Falles haben. Drei Meinungen können unterschieden werden.

I. a) Man behauptet, der den Kassenkranken behandelnde Arzt erfülle lediglich eine Verpflichtung gegenüber der Kasse. Er trete zu dem Kranken nur in rein tatsächliche Beziehungen. Dieser habe keinerlei selbständige Ansprüche gegen ihn.[1]) Andere sprechen von einem „Recht" des Kranken, ärztliche Hilfe zu fordern; im übrigen stehe er aber nicht in einem Vertragsverhältnis zu dem behandelnden Arzt. Verletze dieser seine Pflicht z. B. durch nicht rechtzeitige, nicht sorgfältige, nicht oft genug wiederholte Behandlung, so könne der Patient sich nur beschwerdeführend an die Kasse wenden.[2]) Nach dieser Ansicht wäre der Kassenvertrag ein unechter Vertrag zu Gunsten Dritter. Der Kranke kann sich an den Arzt selbst nur wegen unerlaubter Handlung halten.

b) Eine verbreitete Lehre sieht dagegen in den Vereinbarungen zwischen den Kassen und den Aerzten echte Verträge zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB). Wenn der Kassenkranke den Arzt rufe, so liege darin

[1]) Meyer, S. 20.

[2]) Joachim u. Korn, S. 846. Ein Recht des Kranken, dessen Verletzung durch Ausbleiben des Arztes ihm keine Ansprüche gibt, gleicht einem Messer ohne Heft und Klinge. Die Ausdrucksweise dürfte wohl im Sinne einer Mitteilung an den Arzt, daß er zu handeln hat, zu verstehen sein.

nicht ein Vertragsanerbieten, sondern die Ausübung eines durch jene Vereinbarung begründeten Rechtes; er habe einen selbständigen Anspruch auf sachgemäße Behandlung. Füge der Arzt dem Kranken durch Verstöße gegen die Regeln der ärztlichen Kunst schuldhaft Schaden zu, so hafte er ihm unmittelbar wegen Verletzung dieser Pflicht.[1])

c) Endlich wird unter Verzicht auf die Kategorie des Vertrages zu Gunsten Dritter angenommen, daß der Arzt durch den Vertrag mit der Kasse nur zur Dienstbereitschaft verpflichtet werde. Rufe ihn der Kassenkranke, so komme es zwischen beiden zu einer besonderen Willenseinigung. Diese „bringt ein neues Vertragsverhältnis zwischen dem Arzt und dem Dritten zustande. Aber dieses neue Vertragsverhältnis steht nicht außer Zusammenhang mit dem alten, es nimmt vielmehr einen Teil seiner Modalitäten aus dem alten Vertragsverhältnis; es geht dahin, daß der Arzt den Kranken zu den in dem früheren Vertrage vereinbarten Bedingungen behandle. Diese sind ein integrierender Bestandteil des neuen Vertragsverhältnisses".[2])

II. Die unter I a angeführte Meinung widerspricht dem Parteiwillen und der allgemeinen Verkehrsanschauung. Mit ihrer Auffassung, daß der Arzt seine Dienste rechtlich lediglich der Kasse leiste, verleitet sie zu der Annahme, „an die Instruktion der Kasse sei der Arzt als Beauftragter gebunden."[3]) Davon kann keine Rede sein. Eine rechtliche Verpflichtung des Arztes, Weisungen der Kasse zu beachten, besteht nur in den vertraglich etwa vorgesehenen Fällen (z. B. Verordnung billiger Arzneimittel). Im übrigen übt der Arzt seine Tätigkeit völlig selbständig aus. Die Kasse kann es höchstens ablehnen, unter gewissen Umständen Leistungen des Arztes zu honorieren. Im Interesse einer geordneten Durchführung ihrer Aufgabe sind den Kassen gesetzlich gewisse Befugnisse zur Aufsicht und zum Einschreiten gegen die Mitglieder eingeräumt (vgl. § 529 RVO). Dieser Umstand rechtfertigt die Ansicht aber nicht, daß die Mitglieder in einem Unterordnungsverhältnis zu den Kassen stehen, das sie lediglich als Objekte der Fürsorge erscheinen läßt. Grundsätzlich kann ihnen die Krankenhilfe nicht aufgezwungen werden; sie stehen den Kassen mit einer weitgehenden Selbständigkeit gegenüber. Es widerspricht der allgemeinen Anschauung, daß die Kranken nur in rein tatsächliche Beziehungen zum Arzt kommen und selbständiger Rechte gegen ihn bar sein sollen (Aufklärungs- und Anzeigepflicht des Arztes).

Dieser Tatsache tragen die Vertreter der Ansicht Rechnung, die in dem Kassenvertrag einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter erblicken. Allein sie führt zu einer nicht zu billigenden Fesselung des Arztes an den Kranken. Sie räumt diesem ausschließlich Rechte gegen den Arzt ein, ohne dem Arzt unmittelbare rechtliche Befugnisse gegenüber dem

[1]) Hellwig, S. 28/29; vgl. Württ. J. 29, 5.
[2]) Flügge, S. 78.
[3]) Joachim u. Korn, S. 845.

Kranken zu gewähren. Man könnte zwar auch bei dieser Meinung im Wege der Vertragsauslegung zu dem Ergebnis gelangen, daß die Verpflichtungen des Arztes dem Kranken gegenüber ebenso bemessen sind, wie wenn der Kranke einen Einzelvertrag geschlossen hätte. Eine solche Auslegung erschiene bei dem Verhältnis zwischen der Kasse und dem einzelnen Arzt an sich zweifelhaft. Wie aber würde es mit den selbständigen Ansprüchen des Arztes bei schuldhaftem Verhalten des Kranken oder seiner Angehörigen und Bediensteten stehen? Eine Pflicht der Kasse zur Tragung der hier in Frage kommenden Schäden könnte man aus dem Vertrag in aller Regel nicht entnehmen. Die Meinung dürfte, wenigstens soweit es sich um die Verträge der Kassen mit den Aerzten handelt, mit deren berechtigten Interessen nicht im Einklang stehen. Ein ihr entsprechender Parteiwille kann nicht angenommen werden.[1])

III. Zu einer richtigen Lösung der Frage dürfte nur die unter Ic erwähnte Auffassung führen. Die öffentlich-rechtliche Fürsorgepflicht der Kassen umfaßt nicht die Gewährung der ärztlichen, auf die Heilung gerichtete Tätigkeit als Naturalleistung. Sie hat lediglich die kostenlose Bereitstellung eines geeigneten Arztes zum Inhalt.[2]) Durch die Verträge der Kassen mit den Aerzten erhalten ihre Mitglieder nicht ohne weiteres Rechte gegen letztere. Man wird annehmen müssen, daß aus dem Kassenvertrage für den Arzt nur die Pflicht erwächst, mit den Mitgliedern der Kasse erforderlichen Falles Einzelverträge abzuschließen. Kommt der Arzt dieser Pflicht nicht nach, so wird er nach dieser Auffassung in der Regel der Kasse ersatzpflichtig werden, nicht dem Kranken. Die Verträge haben den gleichen Inhalt wie die gewöhnlichen Einzelverträge, soweit sich nicht aus den Vereinbarungen des Arztes mit der Kasse Abweichungen ergeben. Die sonst von dem Kranken zu entrichtende Vergütung wird kraft gesetzlicher Vorschrift in der vertraglich bestimmten Weise von den Kassen getragen. Verlangt der Kranke Verrichtungen, die über die Bedingungen der Kasse hinausgehen, so hat der Arzt einen privatrechtlichen Anspruch gegen ihn. Von der Schweigepflicht bestehen weitgehende Ausnahmen zu Gunsten der Kassen. Die Lösung der einzelnen Verträge mit den Kassenkranken endlich muß dem Arzt grundsätzlich unter den gleichen Voraussetzungen, namentlich bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gestattet sein. Sind für solche Fälle nicht besondere Vereinbarungen getroffen, so ist es Sache der Kassen sich deswegen mit dem Arzt auseinanderzusetzen und nötigenfalls anderweitige Maßregeln zu treffen.

Das gesetzliche Prinzip, daß sich die Aerzte und die Kassen als freie gleichberechtigte Parteien gegenüberstehen, dürfte die vertretene Auffassung decken.

---

[1]) Ob im Verhältnis der Kassen zu den Krankenanstalten allgemein ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter zu erblicken ist, wie Rümelin S. 44 annimmt, ist hier nicht zu erörtern. Die Frage der Ansprüche der Anstalt wegen etwaiger durch den Kranken zugefügter Schäden dürfte hier weniger Schwierigkeiten bereiten. Siehe Rümelin, S. 45, Note 1.

[2]) So mit Recht RG 74, 166.